

LES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
EN DROIT FRANÇAIS

Conférence organisée par la Fondation Friedrich Ebert, Faculté de droit de l'université Bilgi, Istanbul, 8 juin 2007.

Roger Errera
Conseiller d'État honoraire.

Je voudrais d'abord présenter quatre observations générales sur le droit français relatif à la liberté d'expression. Elles se rapportent à son caractère hétérogène (1), aux éléments d'unification (2), à l'influence de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la cour de Strasbourg (3), enfin à la nature des principales limitations de liberté d'expression en droit français.

1) Le droit français relatif à la liberté d'expression est hétérogène à trois titres :

- a) Il l'est d'abord en ce qui concerne les instruments juridiques où il est contenu. La loi de 1881 avait voulu être à la fois une loi générale sur la presse, au sens large du mot, un code des infractions et un code de la procédure applicable en cas de poursuites. Depuis, les dispositions applicables à la liberté d'expression ont été insérées également dans d'autres instruments : non seulement des codes (code civil, code pénal), mais aussi diverses lois.
- b) Le droit applicable a été modifié très fréquemment depuis les années 1930, non seulement à cause de l'apparition de nouveaux moyens de communication (le cinéma, la radio, la télévision) mais aussi du fait des réformes dues à la conjoncture politique du moment, sans aucune conception d'ensemble et le plus souvent en ajoutant des éléments nouveaux aux textes existants. C'est l'explication des nombreux archaïsmes qui subsistent. Les tentatives de remise en ordre sous forme de codification n'ont pas abouti.
- c) Pour des raisons techniques et juridiques les nouveaux modes de communication ont fait l'objet, lorsqu'ils sont apparus, de réglementations particulières qui subsistent. La publicité, domaine inconnu du législateur de 1881, est aujourd'hui l'objet d'une réglementation particulière.

2) Il existe, en contrepartie, deux éléments puissants d'unification de ce droit. Ils proviennent de la double garantie de la liberté d'expression, en tant que liberté constitutionnellement protégée et au titre de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme.

3) L'influence de l'article 10 de cette convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme est de plus en plus visible. Les deux principales illustrations sont les suivantes :

3.1. La France a été, depuis 1995, condamnée dix fois par la cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 10.

a) *Piermont c France*, 27 avril 1995, à propos de l'expulsion d'une députée européenne allemande de Polynésie française et de l'interdiction d'entrer en Nouvelle-Calédonie.

b) Dans six autres cas, la Cour a censuré la façon dont les tribunaux avaient appliqué le droit en vigueur.

- *Lehideux et Isorni c France*, 23 septembre 1998, à propos d'une condamnation pour apologie de crimes ou de délits de collaboration avec l'ennemi.
- *Fressoz et Roire c France*, 21 janvier 1999, à propos d'une condamnation pour violation du secret professionnel au sujet de la publication par un journal de l'avis d'imposition du dirigeant d'une grande entreprise industrielle.
- *Paturel c France*, 22 octobre 2005 à propos d'une condamnation pour diffamation.
- *Giniewski c France*, 31 janvier 2006, à propos d'une condamnation pour diffamation d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse.
- *Mamère c France*, 7 novembre 2006, à propos d'une condamnation pour diffamation.

c) Dans trois autres affaires la cour a déclaré certaines dispositions du droit français incompatibles avec l'article 10.

- *Du Roy et autres c France*, 3 octobre 2000, à propos de l'interdiction de publier des informations sur les constitutions de partie civile.
- *Association Ekin*, 27 juillet 2001, à propos d'un décret-loi de 1939 permettant au gouvernement d'interdire des publications étrangères.
- *Colombani c France*, 25 juin 2002, à propos du délit d'offense à un chef d'État étranger.

3.2. Il est arrivé que des juridictions françaises écartent l'application de certaines lois comme contraires à l'article 10. En voici trois exemples :

a) Le premier est celui du délit d'offense à chef d'État étranger. Il sera traité plus loin.

b) Le deuxième se rapporte à une loi de interdisant la publication de sondages d'opinion pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin. Par jugement du 15 décembre 1998 (*Ministère public c Amaury et de Barrigue de Montvallon*, AJDA, 20 juin 1999, p. 52) le tribunal de grande instance de Paris a déclaré cette loi incompatible avec l'article 10.

La cour d'appel de Paris, par arrêt du 29 juin 2000, a, au contraire estimé que la loi était compatible avec l'article 10 : les sondages, selon elle, peuvent avoir une influence sur le choix des électeurs. Leurs effets relèvent de la protection des droits d'autrui au sens de l'article 10-2. Le législateur a estimé à juste titre que l'interdiction précitée était une condition nécessaire de l'expression du libre choix des électeurs. Un an plus tard, par arrêt du 4 septembre 2001, la cour de cassation a estimé que la loi était incompatible avec l'article 10 de la convention. L'interdiction a été abrogée par une loi de 2002.

c) L'article 38 de la loi sur la presse, depuis une réforme de 1939, interdisait de façon générale et absolue la publication de toute illustration reproduisant les circonstances d'un très grand nombre de crimes ou de délits. Un hebdomadaire ayant publié des

photographies de victimes d'un attentat terroriste fut poursuivi sur son fondement. Par jugement du 10 septembre 1996 le tribunal de grande instance de Paris déclara cette interdiction incompatible avec les articles 6.3 a, 7 et 10 de la convention européenne des droits de l'homme.

Ce jugement fut confirmé en appel (Cour d'appel de Paris, 18 septembre 1997). La cour a estimé que la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement touchant, comme ici, à l'exercice de libertés essentielles implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises. Or, l'article 38 était rédigé de façon très générale et imprécise, rendant aléatoire l'interprétation du texte par le juge selon les cas et n'offrant donc pas de garanties réelles quant à la prévisibilité des poursuites. En 2000, une loi a abrogé l'ancien texte et l'a remplacé par un texte à la fois plus protecteur pour les personnes et conforme à l'article 10. Il interdit la diffusion de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit lorsque cette reproduction porte atteinte à la dignité de la victime et qu'elle est réalisée sans son accord (article 35 quater de la loi de 1881).

4) Les principales limitations de la liberté d'expression en droit français concernent :

- la protection des personnes et, plus largement, celle des droits de la personnalité : c'est le cas des textes concernant la diffamation et l'injure (article 29 de la loi de 1881), l'atteinte à la vie privée (article 9 du code civil), la protection de la présomption d'innocence (article 9-1 du même code), la diffamation à base raciale, religieuse ou nationale (article 32 de la même loi) et la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence sur ces mêmes bases (article 24, 6^{ème} alinéa).
- La protection de certains intérêts publics fondamentaux, d'où l'interdiction de la publication de certains documents relatifs au secrets de la défense nationale (articles 413-9 et suivants du code pénal) ou de celle de documents concernant des affaires judiciaires en cours (Article 38), l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (article 24, 3^{ème} alinéa).

Compte tenu du sujet de la conférence, le présent rapport de traitera pas de ces points. Il sera consacré aux limites de la liberté d'expression concernant soit certaines institutions publiques, soit les personnes exerçant des fonctions publiques, soit enfin des symboles nationaux. Les domaines suivants seront étudiés :

I - La protection de certaines institutions publiques contre la diffamation et l'injure

II - La protection de personnes exerçant certaines fonctions publiques contre la diffamation, l'injure, l'outrage et l'offense.

III - L'atteinte à l'autorité et à l'indépendance de la justice.

IV - L'outrage aux symboles nationaux : le drapeau et l'hymne.

I

LA PROTECTION DE CERTAINES INSTITUTIONS PUBLIQUES CONTRE LA DIFFAMATION ET L'INJURE

Selon l'article 29 de la loi de 1881 sur la presse, « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ». Le même article définit l'injure comme « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Les articles 30 et 33 de la même loi contiennent un délit de diffamation ou d'injure envers un certain nombre d'institutions publiques : les armées, les tribunaux, les administrations publiques et les corps constitués.

Je ferai ici plusieurs observations concernant le champ d'application de cette loi, sa compatibilité avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et son application.

- 1) Le champ d'application de cette disposition est très large, puisqu'il s'étend aux administrations et aux corps constitués. Selon la Cour de cassation, ce terme ne désigne que les corps ayant une existence légale permanente et auxquels la Constitution ou les lois ont attribué une portion de l'autorité ou de l'administration publiques (Cass. Crim.26 avril 1952, *Bull.* n° 106 ;D.1952.492). Ont été considérés par la jurisprudence comme étant des corps constitués le Parlement, les universités, les conseils municipaux (Cass. Crim. 23 mai 1955 ,*Bull.* n°260), un hôpital public (Cass. civ. IIème, 30 septembre 1998, *Bull.civ.II* ,n° 249 ; crim. 3 juillet 1996), la police (Cass. Crim. 3 décembre 2002, *Bull.*n° 21).
- 2) La Cour de cassation a reconnu la compatibilité de l'article 30 avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass.crim, 3 décembre 2002, précité). La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet.
- 3) En ce qui concerne l'application de cet article, le droit de la diffamation s'applique. En cas de poursuites, la démarche du tribunal consiste à répondre aux questions suivantes : y-a-il eu diffamation ? Dans l'affirmative, l'auteur du texte ou des propos a-t-il prouvé l'exactitude des faits ? Est-il de bonne foi ?

Voici un exemple d'application de ce texte : après le procès de personnes accusées de terrorisme, un avocat avait publié un communiqué protestant contre les méthodes utilisées, selon lui, par la police, « dignes de la Gestapo et de la Milice » , mentionnant des « brutalités policières » et des « tortures ». La cour d'appel l'avait condamné pour diffamation de la police, lui refusant le bénéfice de la bonne foi, vu les assimilations utilisées et l'opprobre jeté sur l'ensemble du corps des fonctionnaires de police (Cass. Crim, 3 décembre 2002, précité).

Cet article est dans l'ensemble très peu utilisé.

II

LA PROTECTION DE PERSONNES EXERÇANT CERTAINES FONCTIONS PUBLIQUES

En droit français les personnes exerçant certaines fonctions publiques sont protégées, *en cette qualité*, contre la diffamation et d'autres attaques dirigées contre elles.

II. 1. La diffamation et l'injure

Les articles 31 et 33 de la loi sur la presse protègent contre la diffamation et l'injure en raison de leur fonction ou de leur qualité les catégories suivantes : les ministres, les membres du Parlement, les magistrats, les fonctionnaires, les agents de l'autorité publique, les personnes chargées d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, les jurés et les témoins, à raison de leur déposition.

Le champ d'application de ce texte est très vaste.

Son application est toutefois soumise à des conditions très strictes : les affirmations ayant entraîné les poursuites doivent s'apprécier selon la nature du fait concerné et se rapporter à des actes commis par la personne à raison de ses fonctions (Cass. Crim. 29 décembre 1971, *Bull.*, n° 368 ; Cass.civ.IIème, 24 février 2000, *Bull. civ.IIème*, n°36). Il doit exister entre les imputations et la fonction de la personne diffamée ou sa qualité une relation directe et étroite.

L'article 31 relatif à la diffamation est fréquemment utilisé et son application a donné lieu à une jurisprudence abondante. Voici des exemples de déclarations ou d'écrits ayant entraîné la condamnation de leur auteur :

- L'allégation selon laquelle une institutrice aurait pris position pour un motif politique lors de la délibération d'une commission préparant la promotion d'un autre fonctionnaires (Cass.crim . 1^{er} juin 1961, *Bull.* n°297).
- L'allégation selon laquelle un juge aurait rendu une décision pour un motif politique (Cour d'appel de Paris, 26 mars 1986), ou transformé un acquittement en condamnation à la suite d'une intervention (Cour d'appel de Paris, 7 juillet 1988).
- L'affirmation selon laquelle un haut fonctionnaire aurait abusé de son autorité pour faire adhérer d'autres agents placés sous ses ordres à un syndicat (Cass. Crim..24 mai 1951 ; *Revue de science criminelle*, 1951.677, note Patin).
- L'affirmation selon laquelle un officier manquerait de combativité en raison de son appartenance à un parti politique (Cass . crim. 30 mai 1996).

- L'allégation selon laquelle un magistrat aurait violé le secret professionnel (Tribunal de grande instance de Paris, 21 janvier 1997).
- L'affirmation selon laquelle des groupes armés avaient pour base la mairie, ce qui revenait à mettre en cause le maire (Cour d'appel de Paris, 18 mai 1988).

II.2. L'offense ou l'outrage

II.2.1. L'offense au Président de la République

L'article 26 de la loi sur la presse punit l'offense au Président de la République .

Je présenterai les observations suivantes sur la définition de cette infraction et l'application de cet article.

- 1) La loi ne définit pas l'offense, lointaine héritière du crime de lèse-majesté. Selon la Cour de cassation constitue une telle offense « toute expression offensante ou de mépris ... toute imputation diffamatoire qui, à l'occasion tant de l'exercice de la première magistrature de l'État que de la vie privée du Président de la République sont de nature à l'atteindre dans son honneur ou dans sa dignité » (Cass. crim. 31 mai 1965, *Bull.* n° 146 ; D.1965. 645, note JLC).

Une telle définition n'est pas satisfaisante : définir l'offense par l'expression offensante n'apporte rien. Inclure dans le champ d'application de cet article l'exercice des fonctions du Président est critiquable, vu l'étendue de ses pouvoirs. La Cour de cassation a affirmé que « l'offense adressée à l'occasion des actes politiques atteint nécessairement la personne », ce qui risque de limiter la liberté d'expression.

- 2) En ce qui concerne l'application de cet article, il a été jugé que l'offense pouvait être contenue non seulement dans des écrits ou des déclarations mais aussi dans un dessin ou une caricature (Cass.crim. 5 avril 1965, *Bull.*n° 115) ou un montage photographique (Cass.crim. 21 décembre 1966,*Bull.* n°302).

Cet article n'a pas été utilisé puis plus de 40 ans. Il l'a été au cours des années 1960, plus particulièrement pendant la guerre d'Algérie et dans les années qui l'ont suivie, au moment où la politique du général de Gaulle était très violemment critiquée dans certains milieux. Ont alors donné lieu à condamnation :

- un dessin représentant le président de la République avec une tête de vautour (Cass. Crim., 5 avril 1965, précité).
- une critique violente de la politique suivie en Algérie (Cass.crim. 31 mai 1965, précité).
- l'affirmation selon laquelle le président de la République avait vu d'assez près « le meurtre » soit qu'il en ait bénéficié, soit qu'il l'ait ordonné et soit qu'il l'ait réhabilité (Cass. Crim. 21 décembre 1966, *Bull.*, n°301).

- un montage photographique le représentant sous les traits d'un animal grotesque et ridicule (Cass. Crim., 21 décembre 1966, *Bull.* n° 302, précité).
- l'affirmation selon laquelle le président de la République serait animé, dans sa vie politique, par l'égoïsme, l'esprit de vengeance, l'ambition sans mesure, l'oubli de la parole donnée, la férocité et le mépris de la vie humaine (Cass.crim. 23 février 1967, 2^{ème} arrêt, *Bull.* n°77).

II.2.2. L'outrage à une personne chargée d'un service public

L'article 433-5 du code pénal punit l'outrage adressé à toute personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission. L'outrage est défini par des « paroles, gestes, menaces, écrits ou images de nature à porter atteinte à la dignité de cette personne ou au respect du à sa fonction ». Cette disposition très ancienne contenue dans l'article 222 de l'ancien code pénal a donné lieu à une abondante jurisprudence portant tant sur son champ d'application que sur la définition de l'outrage.

II.2.3. L'outrage aux ambassadeurs et agents diplomatiques étrangers

L'article 37 de la loi sur la presse punit, sans le définir, l'outrage aux ambassadeurs et agents diplomatiques étrangers accrédités auprès du gouvernement. Cet article singulier n'est plus appliqué depuis la fin du XIX^{ème} siècle. S'il l'était, il serait très probablement jugé incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cf. II.2.4, infra).

II.2.4. L'offense envers les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres étrangers

L'article 36 de la loi de 1881 punissait l'offense envers les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres étrangers. Il a longtemps été appliqué, et encore récemment. La cour de cassation a affirmé sa compatibilité avec l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, en déclarant qu'il répondait au souci de faciliter les relations internationales (Cass.crim. 22 juin 1999 ; Cass.civ.II^{ème}, 28 septembre 2000, *Bull. II^{ème} civ.*, n°136). L'offense a été définie ici par toute expression offensante ou de mépris, toute imputation diffamatoire ou injurieuse qui, tant à l'occasion de l'exercice des fonctions ou de la vie privée, sont de nature à atteindre un chef d'État dans son honneur, sa dignité ou la délicatesse de ses sentiments (Cour d'appel de Paris, 11 mars 1991).

Voici un exemple d'application de cet article : le fait de présenter un chef d'État étranger comme membre actif d'une secte et d'insister sur ses liens personnels avec le chef spirituel de celle-ci, qui a été poursuivi pour infraction sexuelles, constitue une offense (Cass.civ. II^{ème}, 2 septembre 2000).

En 2000, le tribunal de grande instance de Paris a constaté que l'article 36 était incompatible avec l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme. Des poursuites avaient été dirigées contre l'auteur et l'éditeur d'un livre critiquant violemment plusieurs chefs d'État africains (Congo, Tchad, Gabon) et les accusant de divers crimes graves. Le jugement, après avoir rappelé le contenu et la signification de l'article 10, a

considéré que l'incrimination contenue dans l'article 36 ne répondait pas aux exigences de cet article : l'infraction, telle qu'elle avait été définie par la jurisprudence précitée, était trop générale et introduisait une large mesure d'appréciation subjective. Elle ne pouvait donc être regardée comme étant « prévue par la loi » au sens de l'article 10-2. De plus, la cour de cassation considérait que l'offense adressée à l'occasion des actes politiques atteignait aussi la personne. Dans ces conditions, cette restriction de la liberté d'expression ne pouvait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, toujours au sens de l'article 10-2. Le jugement critique aussi le statut exorbitant accordé aux chefs d'État étrangers et l'impossibilité d'apporter la preuve des faits (Tribunal de grande instance de Paris, 25 avril 2001, *Verschave et Berccaria*).

Un an plus tard, en 2002, la cour européenne des droits de l'homme a condamné la France dans une affaire relative à l'application de l'article 36. En 1995, *Le Monde* publia un article faisant état d'un rapport de l'Observatoire géopolitique des drogues sur le Maroc, commandé par la Commission européenne. Selon l'article, ce rapport mettait en cause l'entourage du roi du Maroc et affirmait que ce pays était le premier exportateur mondial et le premier fournisseur de drogue du marché européen. Il soulignait la responsabilité directe des autorités marocaines.

Sur plainte du roi, le parquet intenta des poursuites pour offense à chef d'État étranger contre le directeur du journal et les auteurs de l'article. Le tribunal de grande instance de Paris les relaxa, estimant leur bonne foi établie et vu le but légitime de l'article. La cour d'appel de Paris les condamna : l'article contenait bien une offense à un chef d'État étranger. Ses auteurs ne pouvaient se prévaloir de leur bonne foi car ils n'avaient pas cherché à vérifier l'exactitude du rapport. La cour de cassation confirma la condamnation en 1995.

Dans sa décision la cour européenne des droits de l'homme, après avoir rappelé sa jurisprudence concernant l'article 10, se demanda si l'ingérence dans la liberté d'expression était fondée sur un but légitime et était proportionnée à ce but. Le public français, nota-t-elle, avait un intérêt légitime à être informé sur la question étudiée par le rapport. De plus, le contenu de celui-ci n'était pas contesté et pouvait être regardé comme crédible. Examinant le contenu de l'article 36 la cour nota l'impossibilité de prouver la vérité des faits et souligna statut exorbitant ainsi accordé aux chefs d'État étrangers. L'article fut jugé incompatible avec l'article 10.

Deux ans plus tard, la loi du 9 mars 2004 a abrogé cet article.

III

LES ATTEINTES À L'AUTORITÉ ET À L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE

Selon l'article 434-25 du code pénal cette infraction est constituée par le fait de chercher à jeter publiquement le discrédit sur un acte ou une décision juridictionnels *dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance*. Ce texte ne s'applique pas aux commentaires techniques ni aux écrits ou actes rendant à la réformation, la cassation ou la révision d'une décision. La rédaction de ce texte est loin d'être un modèle.

Ce texte date de 1958. La cour de cassation l'a jugé compatible avec l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme (Cass. Crim., 11 mars 1997, *Bull.* n° 96). Les auteurs des déclarations suivantes ont été condamnés sur la base de cet article :

- le fait de qualifier la décision d'un juge de l'expropriation de « chef-d'œuvre d'incohérence, d'extravagance et d'abus de droit » et d'ajouter que « rarement les annales judiciaires françaises, pourtant assez bien pourvues d'ordinaire en pareille sorte, n'en ont recelé de tels » (Tribunal de grande instance de Nice, 1^{er} juillet 1962 ; D.1963.84 ; Cass. Crim, 27 février 1964, *Bull.* n° 77).
- La cour d'appel d'Aix en Provence, après avoir affirmé que les décisions des juges ne pouvaient pas et ne devaient pas échapper à la critique normale, a jugé que lorsque, par sa violence, un article dépasse les limites d'une telle critique, il n'a pu être inspiré que par la volonté de jeter le discrédit sur la décision du juge, portant ainsi atteinte à l'autorité de la justice (Cour d'appel d'Aix en Provence, 9 novembre 1962 ; D.1963.84 ; JCP.1963.II.13155, et Cass. Crim., 27 février 1964, cité supra)

Cet article est, dans la pratique, très peu appliqué. À supposer qu'il ait pu avoir un sens en 1958, il n'en a plus guère aujourd'hui : le débat public, légitime et nécessaire sur l'ensemble des aspects du fonctionnement de l'institution judiciaire et sur sa responsabilité, au sens large du terme, en cas de mauvais fonctionnement (retard excessif par exemple), rendrait son application très difficile.

Cela dit, il faut noter que l'article 10-2 de la convention européenne des droits de l'homme mentionne « la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire » parmi les motifs légitimes de restriction de la liberté d'expression. La jurisprudence de la cour de Strasbourg a affirmé les limites de la critique de l'institution judiciaire et de ses décisions. Elle a rappelé l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu, parmi lesquels figurent le droit du public d'être informé sur les questions relatives au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire et les impératifs d'une bonne administration de la justice. La presse représente l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément à l'objet de leur mission (*Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995).

La cour a également affirmé qu'il convenait de protéger l'action des tribunaux contre les attaques dénuée de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir (id).

La légalité des sanctions prononcées a été reconnue dans les affaires suivantes :

- *Schöpfer c. Suisse* 20 mai 1998, à propos d'un avocat sanctionné pour avoir exprimé en public ses doléances au sujet d'une procédure pénale pendante devant une juridiction d'une manière générale et grave, avant de former un appel. La cour a souligné le rôle-clé des avocats. Ils doivent, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, contribuer au bon fonctionnement de la justice et à la confiance du public en elle.
- *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, à propos de la condamnation d'un journaliste et d'un éditeur pour diffamation d'un juge à la suite de la publication de commentaires critiques ; les critiques très sévères portant sur l'intégrité personnelle et professionnelle du juge manquaient de bonne foi et ne respectaient pas l'éthique de la presse.
- *Barfod c. Danemark*, 22 février 1998, pour un cas de diffamation de deux juges non professionnels, accusés d'avoir manqué d'impartialité en raison de leur qualité de fonctionnaire.

Par contre, la cour a estimé que l'article 10 avait été violé dans les affaires suivantes :

- *Shaka c. Pologne*, 27 mai 2003. L'auteur d'une lettre d'injures visant les juges d'un tribunal avait été condamné pour insulte à l'autorité judiciaire. La Cour, tout en reconnaissant la légalité d'une sanction dans un tel cas, a estimé disproportionnée la peine d'emprisonnement prononcée.
- *Kypriannou c. Chypre*, 15 décembre 2005. La cour a jugé disproportionnée la condamnation d'un avocat à une peine d'emprisonnement appliquée immédiatement pour avoir critiqué la façon impolie de la manière dont les juges conduisaient l'instance.
- *De Haes et Gijssels c Belgique*, 24 février 1997. Deux journalistes belges avaient publié de juin à novembre 1986 dans un hebdomadaire d'Anvers cinq articles dans lesquels ils critiquaient très violemment les conditions dans lesquelles des juridictions avaient attribué au père, notable local, au cours d'une procédure de divorce, la garde de ses deux enfants alors que plusieurs rapports médicaux indiquaient qu'ils étaient victimes de graves sévices sexuels de sa part. Les articles donnaient des détails sur la personnalité du père et sur l'étendue de ses relations, notamment dans le milieu judiciaire et accusaient certains juges, nommés, de partialité politique et sociale à son égard. C'est pourquoi le dossier avait été retiré aux juridictions d'Anvers et attribué au tribunal de Gand. Ils dénonçaient le silence entourant cette affaire et insistaient sur la gravité des faits. Les journalistes furent condamnés pour diffamation, sur plainte des magistrats et saisirent la Commission européenne des droits de l'homme, puis la cour.

Dans son jugement la cour relève qu'on ne saurait reprocher aux journalistes d'avoir manqué à leurs obligations professionnelles en publiant ce qu'ils avaient appris au

sujet de l'affaire. Elle note la gravité des faits dénoncés, qui concernaient le sort d'enfants en bas âge et le fonctionnement de la justice à Anvers. Les reproches adressés aux magistrats s'analysent en une opinion et leurs critiques très sévères étaient à la mesure de l'émotion et de l'indignation suscitées par les faits allégués dans les articles. Eu égard à la gravité des circonstances et des questions en jeu, l'ingérence dans la liberté d'expression des journalistes a constitué une violation de l'article 10.

IV

L'OUTRAGE AU DRAPEAU ET À L'HYMNE NATIONAL

En 2003, une disposition inédite en droit français a été adoptée par le Parlement. Elle punit d'amende le fait d'outrager publiquement l'hymne national et le drapeau français, tous deux mentionnés dans la Constitution, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques. Une peine de prison est prévue quand cette infraction est commise en réunion (article 433-5-1 du code pénal).

Cette loi a été déférée au Conseil constitutionnel. Celui-ci, dans sa décision du 13 mars 2003, a rappelé que le législateur devait, lorsqu'il créait de nouvelles infractions, assurer la conciliation des exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées. Il a ensuite confirmé le champ d'application exact de cet article : sont exclus les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un lieu privé ainsi que les actes accomplis dans des manifestations autres que celles organisées ou réglementées par les pouvoirs publics. Cette notion désigne, dit la décision, les manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises à une réglementation particulière, notamment en matière de sécurité et d'hygiène. La loi a bien effectué la conciliation précitée et la peine prévue n'est pas manifestement disproportionnée (Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, p. 211, § 99-105).

Pourquoi tant de dispositions qui semblent aujourd'hui archaïques ou peu compatibles avec l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme sont-elles conservées et n'ont-elles pas été abrogées ? Plusieurs explications peuvent être proposées. La principale est la réticence du ministère de la justice à prendre une telle initiative, en l'absence de toute condamnation à Strasbourg ou de jurisprudence française indiquant leur incompatibilité avec l'article 10.

Une seconde raison consiste à tenir le raisonnement suivant : certes, ces dispositions ne sont pas très « présentables ». Mais elles ne sont que très rarement appliquées et ne constituent donc pas un danger pour la liberté d'expression. Et puis, qui sait ? Elles pourraient peut-être servir un jour. Enfin, on met parfois en avant le fait que certains corps (la justice, l'armée, la police) pourraient ressentir défavorablement l'abrogation de telle ou telle disposition. Enfin, aucun parti politique, aucun mouvement de défense des libertés n'a fait campagne pour une telle abrogation.