

« **Dépénaliser la diffamation, oui, mais comment ?** »

ou bien encore

« **Dépénaliser la diffamation, non, mais pourquoi ?** »

Michel RASLE
18 septembre 2009

Voilà où nous en sommes.

Monsieur le Professeur MBONGO m'a très malicieusement réservé la présentation du point de vue « médian » sur cette question. Autant dire que, la partie civile ayant brillamment défendu le point de vue « contre », et la défense élégamment soutenu le point de vue « pour », il ne me reste qu'à me soulever gracieusement pour proposer « l'application de la loi » et passer la parole au Professeur.

Mais je crains trop les foudres de la faculté et sais que je ne pourrai pas m'en tirer à si bon compte ...

Alors, si vous le permettez, je voudrais juste égrener quelques remarques, quelques questions plutôt, au fil de la pensée ...

Plus pour ouvrir des brèches que pour fermer des portes, en quelques sortes quelques « *holzwege* » chers à Heidegger, en espérant qu'il ne s'agira pas de « *chemins qui ne mènent nulle part* » ...

Je vous propose tout d'abord la première de ces quelques réflexions vagabondes.

☞ **La première question, le premier chemin**, est à la fois d'ordre problématique et d'ordre téléologique.

Pourquoi cette question ? A quelle fin cette dépénalisation ?

Pourquoi cette question ?

On ne se demande en effet jamais s'il faut dépénaliser l'homicide ou l'escroquerie ou le vol.

Alors pourquoi se poser la question de la dépénalisation de la diffamation ?

Il existe plusieurs réponses possibles à cette question :

➤ Peut-être parce que la diffamation n'est pas une transgression assez grave pour entrer dans le champ du droit pénal ?

De fait, la concurrence déloyale peut mener à la faillite d'une entreprise et au chômage de centaines de personnes et la concurrence déloyale n'est pas un délit pénal, tout au moins en droit français.

Alors, dans ces conditions, pourquoi traîner au tribunal correctionnel le journaliste qui va affirmer que tel Conseiller Général a touché des pots de vin ?

Mais il y a d'autres raisons possibles à cette tentation de la dépénalisation.

➤ En effet, on peut estimer, comme le fait le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe dans une déclaration de mai 2006, que la menace du pénal « *constitue une forme particulièrement insidieuse d'intimidation* » et que le pénal en matière de diffamation est donc une atteinte à la liberté de la presse.

Mais il est particulièrement étonnant et paradoxal de constater qu'en France les principaux adversaires de la dépénalisation sont les syndicats de journalistes !

➤ Alors peut-être qu'à l'inverse de ce que pense le Conseil de l'Europe, les partisans de la dépénalisation chercheraient au contraire insidieusement à affaiblir les droits de la défense et à priver cette dernière des protections strictes de la procédure pénale.

➤ Ou bien enfin – et pardon pour le mauvais esprit – on envisagerait de dépénaliser parce qu'il est trop cruel de décerner un mandat d'amener contre un Directeur de publication qui ne défère pas assez vite aux convocations d'un juge d'instruction ...

C'est ma première question qui aboutit à un premier paradoxe : pourquoi dépénaliser ? On ne le sait guère puisque, partisans et adversaires de la dépénalisation semblent agir à front renversé, les « diffamateurs » potentiels, les journalistes, réclamant à corps et à cris le maintien du système actuel, c'est-à-dire de la diffamation pénale !

L'explication de ce paradoxe réside peut-être dans ce qui suit.

☞ Je vous invite maintenant sur mon **deuxième chemin** de traverse, a priori aussi déroutant que le premier mais qui en fait l'éclaire peut-être.

De quoi parle-t-on ?

Que veut dire dépénalisation en effet ? Dépénaliser, c'est enlever du pénal.

C'est frustrer ceux qui sont friands de cette « envie de pénal », à la croisée des pensées de Freud et de Pascal Mbongo ... !

Mais de quel pénal parle-t-on ?

Il y a quelques années, un romancier anglais à succès, Jeffrey Archer, Parlementaire de surcroît, fut condamné pour diffamation (et outrage à magistrat car il avait menti dans la procédure) à ... un an de prison ferme.

Et vous êtes sans doute quelques uns à avoir lu le *best-seller* du suédois Stig Larson, « *Les hommes qui n'aimaient pas les femmes* » et sa suite ... dans lesquels le héros, journaliste d'investigation, est condamné lui aussi à plusieurs mois de prison ferme pour avoir dénoncé sans preuve suffisante un chef d'entreprise corrompu ...

Je ne connais pas assez d'avocats suédois pour m'assurer de la crédibilité de l'histoire décrite par Stig Larson mais je sais qu'en droit français le pénal de la diffamation, hormis l'épisode susvisé du mandat d'amener musclé – épisode totalement exceptionnel et non significatif – (affaire de Fillipis), n'est pas du vrai pénal.

On risque en France, pour une diffamation, une petite amende et des dommages-intérêts souvent symboliques, rien d'autre ... si ce n'est peut-être un article flatteur dans *Libération* : « *L'homme contre les pouvoirs* » ... « *La liberté d'expression bâillonnée* », « *La résistance contre l'oppression* » ..., chaque époque a les Jean Moulin qu'elle mérite ...

Il y a quelques années, plaidant une affaire de diffamation devant un des magistrats de la 17^{ème} Chambre, j'entendis ce dernier demander à mon client « diffamateur », après le classique interrogatoire d'identité : « *Avez-vous déjà été condamné ?* » puis ajouter avec un sourire plein de connivence : « *Enfin, je veux dire, des vraies condamnations* » ...

Voici ma deuxième interrogation : le pénal de la diffamation contre lequel on s'agite n'est-il pas un tigre de papier, un faux pénal qui ne fait peur à personne ?

Je parle bien sûr de la France, pas de l'Azerbaïdjan, ni de la Turquie, ni de la Russie.

☞ D'où ma **troisième question**, mon **troisième chemin**, qui se divise en deux petits sentiers : il me semble que la question du pénal dans la diffamation est radicalement différente selon les pays en cause :

↳ Dans les pays démocratiques de tradition juridique française ou latine, la diffamation pénale présente peu d'inconvénients :

- une peine symbolique,
- une intimidation minimale.

Et beaucoup d'avantages :

- des pouvoirs d'investigation pour le diffamé,
 - les garanties d'une procédure pénale pointilleuse pour le « diffamateur »,
- d'où la méfiance devant une réforme dont on ne perçoit guère l'urgence et dans laquelle on soupçonne – à tort ou à raison – de sombres arrières pensées du « pouvoir ».

↳ En revanche, dans les autres pays, le pénal de la diffamation sera clairement une des armes de l'oppression et, dans ces pays, la dépénalisation de la diffamation sera un véritable enjeu politique et une véritable avancée démocratique.

Deux exemples l'illustrent à merveille :

- l'Uruguay, le 8 juillet 2009 a rejoint les pays où les délits de presse ne sont plus passibles d'emprisonnement alors qu'auparavant le sinistre « plan condor » permettait de faire détenir, voire tout simplement disparaître, les journalistes.
- A l'inverse, et à peu près au même moment, le 26 juin 2009, le Sri Lanka a refait naître et réinstauré le Conseil de la Presse qui permet de condamner les journalistes et les reporters à des peines de prison (en l'occurrence, on l'aura compris, ceux qui dénoncent l'éradication brutale des « Tigres tamouls », civils compris ...).

On le voit bien, dans ces pays, la dépénalisation de la diffamation est un véritable enjeu de liberté publique.

☞ Alors, et c'est mon **quatrième chemin** puisqu'il m'a été demandé un point de vue médian et une nécessaire synthèse.

Il faut que les chemins se rejoignent.

Cette synthèse n'est pas très facile à trouver puisque, par définition, le droit de la presse, le droit de la diffamation, est par nature un droit « écartelé ».

Droit à la libre opinion contre droit de la personne. Deux principes essentiels et contradictoires qu'il est difficile de concilier.

L'époque actuelle semble privilégier la liberté d'expression par rapport à la protection des droits de la personne.

Le principe de la liberté d'expression est en effet gravé dans des textes solennels et impressionnants – et c'est une bonne chose.

Ce principe est clairement défini par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen d'août 1789 : « *Liberté d'exprimer les pensées et les opinions sous la réserve du droit des autres personnes* » (tout le droit de la presse est dans cette phrase).

Le principe est repris et réaffirmé par l'article 1 de la loi de 1881 : « *L'imprimerie et la librairie sont libres en France* ».

Principe également réaffirmé avec force dans le préambule de la Constitution de 1946 et dans l'article 19 du Pacte International des Droits Civiques des Nations Unies de 1966.

Au regard de ces textes intimidants, les droits de la personne semblent peu à peu s'effacer face à la tyrannie de l'information et de la transparence. Comme le disait récemment Monsieur Soulez Larivière : « *L'idéologie infantile du moment illumine la transparence et noircit le secret* ».

Alors que proposer de médian si l'on ne se satisfait pas du *statu quo* ?

Le risque en la matière est d'être toujours trop grand ou trop petit, comme pour le Lit de Procuste ...

J'aurais tendance, comme proposition médiane, à faire une suggestion en trois points :

➤ **D'accord pour la dépenalisation pour l'exemplarité et à des fins de prosélytisme international.** Evitons en effet les débats trop « franco-français ».

La question des sanctions pénales de la diffamation est une vraie question et les prisons de Moscou ou de Téhéran sont nettement moins « chics » que les locaux de la 17^{ème}.

Alors oui, posons le principe : personne ne doit risquer une « vraie » sanction pénale pour l'expression d'une opinion.

Et puis cela sera l'occasion de dépenaliser un peu notre droit qui étouffe sous les règles pénales multiformes.

➤ **Mais la dépenalisation doit forcément s'accompagner d'un changement de la procédure civile relative à la diffamation :**

✓ Le juge civil de la diffamation doit voir ses pouvoirs élargi ; le débat doit y être en grande partie oral ; il faut introduire dans la procédure civile française les avantages de la *discovery* américaine et britannique, etc.

Il faut également faciliter les injonctions (en rendant de la vigueur au référé presse qui est devenu totalement inefficace pour des raisons de procédure).

Peut-être faudra-t-il également introduire dans la procédure civile, et pour les cas les plus graves, l'équivalent des *punitiv damages* américains, ce que le droit et les juges français ont commencé de faire, quoi qu'on en dise.

✓ Mais parallèlement à l'accroissement de ses pouvoirs, le juge civil devra être également soumis à des règles de procédure aussi strictes qu'en matière pénale afin que les droits de la défense soient aussi bien assurés devant le juge civil qu'ils le sont devant le juge pénal.

Il faut rappeler à cet égard que le juge civil ne condamne pas forcément plus facilement que le juge pénal.

Le juge pénal condamne lorsqu'il y a un délit mais le juge civil ne peut condamner que s'il y a une faute.

➤ **Et enfin**, en accord avec les termes du rapport Guinchard, **il convient de simplifier la procédure : n'est-ce pas là la vraie question ?**

Le droit de la diffamation doit devenir un droit adulte et ne plus se retrancher derrière l'hypocrisie de la procédure : un pourcentage considérable des affaires de diffamation sont gagnées par les défendeurs sur des exceptions de procédure : elles doivent maintenant l'être sur l'exception de vérité ou la bonne foi.

Alors l'équilibre sera trouvé entre les contraintes contradictoires que le juge doit dénouer.
