

Liberté d'expression *versus* appels à la haine : les avocats en danger



Patrick Henry*

Ancien président d'Avocats.be
Ancien président du Comité des droits de l'homme du CCBE
Président d'Avocats sans frontières
Avocat au Barreau de Liège-Huy

(*Les opinions exprimées reflètent exclusivement le point de vue de l'auteur.)

Introduction : une déferlante de haine

1. « C'était ahurissant... J'ai reçu des centaines de messages d'injures, y compris de la part de policiers, qui ne peuvent pas douter de mon engagement pour eux. La haine contre le mis en cause est directement transposée à celui qui le défend »¹.

Ces mots sont ceux de Laurent-Franck Liénard qui, dans un livre récent, se présente lui-même comme l'*Avocat des flics*². C'est ainsi qu'il décrit la déferlante de haine qui est tombée sur lui lorsqu'il a accepté la défense d'Alexandre Benalla.

Avec son confrère Yassine Bouzrou qui, comme en contrepoint, signe dans la même collection l'ouvrage *Avocats des libertés*³, ils ont été remis sur le devant de la scène à propos de l'affaire *Nahel*.

« Être sur le devant de la scène, dans ce genre de dossiers, cela signifie voir se déverser sur soi des torrents de fiel. »

Et être sur le devant de la scène, dans ce genre de dossiers, cela signifie voir se déverser sur soi des torrents de fiel. Lucie Simon, l'avocate de l'imam Hassan Iquioussen a été l'une des dernières à en pâtir.

¹ Cité par C PILORGET-REZZOUK, « La haine contre le mis en cause est transposée à l'avocat qui le défend », *Libération*, 7 août 2023.

² L.-F. LIÉNARD, *Avocat des flics*, Paris, Nouveau Monde Editions, 2022.

³ Y. BOUZROU, *Avocat des libertés*, Paris, Nouveau Monde Editions, 2022.

Certes le phénomène n'est pas entièrement nouveau. Robert Badinter était le « *ministre des criminels* », Jacques Vergès « *l'avocat de la terreur* », Julien Pierre, le premier avocat de Dutroux, a reçu dans sa boîte aux lettres assez de spaghetti pour nourrir toute une garnison⁴... Et certains d'entre eux ont même eu droit à l'équation que pratiquent aujourd'hui tous les dictateurs, de la Chine à la Turquie, en passant bien sûr par l'Iran ou la péninsule arabique: « *avocat de voyou = voyou* ».

Tout cela au nom de la liberté d'expression, telle que la voit ce cher⁵ Elon Musk...

I. L'avers : la liberté de défendre, dans le prétoire, sur les marches du prétoire et hors du prétoire

2. Le 15 décembre 2015, la Cour européenne des droits de l'homme prononce un arrêt exemplaire.

Maître Bono, avocat français, défendait devant les juridictions pénales parisiennes un prévenu suspecté de terrorisme. Parmi les éléments qui avaient été produits par l'accusation figuraient des aveux dont la défense prétendait qu'ils avaient été obtenus sous la torture, en Syrie.

Le jugement du tribunal avait écarté ces aveux, en raison des importantes violations des droits de défense qui avaient été commises lorsqu'ils avaient été recueillis, mais avait néanmoins condamné le prévenu à une peine de 9 ans d'emprisonnement.

⁴ Après qu'il avait obtenu le déport du juge d'instruction Connerotte à la suite d'un repas spaghetti qu'il avait partagé avec les parents de Julie et Mélissa, deux des victimes de l'abominable Dutroux.

⁵ Choisissez le sens que vous préférez donner à cet adjectif...

L'affaire avait été portée devant la Cour et, devant celle-ci, Maître Bono, conseil du prévenu, déposa des conclusions dans lesquelles il réaffirmait la complicité des magistrats français dans l'utilisation de la torture. Le procureur général déposa plainte contre lui en raison des attaques personnelles qu'il avait ainsi dirigées contre les magistrats instructeurs. Le Conseil de l'Ordre estima devoir le renvoyer des poursuites mais, en degré d'appel, la Cour considérera que les propos incriminés mettaient personnellement en cause les magistrats instructeurs, sans nécessité puisque les aveux étaient déjà écartés. Un blâme fut infligé à Maître Bono. La Cour de cassation de France rejeta son pourvoi. Maître Bono porta donc la cause devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle lui donna raison. La Cour retint que les propos litigieux ne visaient pas nommément les magistrats, mais portaient sur la manière dont ils avaient mené l'instruction. Elle releva également que les accusations n'étaient pas sorties du prétoire, qu'elles reposaient sur des bases factuelles et qu'elles participaient à la mission de défense. La Cour estima donc que la sanction disciplinaire n'était pas proportionnée d'autant que les juges du fond avaient déjà adressé un rappel à l'ordre à Maître Bono, qui devait être considéré comme suffisant⁶.

Dans le même sens, on citera les arrêts suivants: *Nikula* (21 mars 2002), *Steur* (28 octobre 2003), *Kyprianou* (15 décembre 2005), *Roland Dumas* (15 juillet 2010), *Rodriguez Ravelo* (15 décembre 2015) ou *L.P. Carvalho* (8 octobre 2019). D'autres arrêts ont cependant validé les condamnations qui avaient été prononcées contre des avocats qui s'étaient rendus coupables d'attaques injurieuses et gratuites qui paraissaient complètement étrangères à la mission de défense qui leur était confiée (arrêts *Malher*, du 14 janvier 1998; *Meister*, du 10 avril 1997; *Fuchs*, du 21 février 2015; ou *Pais Pires de Lima*, du 12 février 2019).

3. Maître Mor, avocate française, était le conseil des victimes dans le cadre d'un litige relatif aux suites malheureuses d'une campagne de vaccination contre l'hépatite B. En 2002, un rapport d'expertise est déposé dans le cadre de l'instruction. Il semble accablant tant pour les laboratoires pharmaceutiques qui avaient produit le vaccin que pour l'administration de la santé. Les principaux journaux français suivent évidemment l'affaire de près. Des extraits du volumineux rapport sont publiés. À cette occasion, les journalistes font état de graves pressions qui auraient été exercées sur l'expert.

Sur la suggestion de ses clients, des journalistes prennent contact avec Maître Mor. Elle accepte de répondre à leurs questions. Elle commente le rapport d'expertise en soulignant les passages qui mettent en

cause l'administration de la santé et ceux dans lesquels l'expert évoque lui-même les pressions dont il a été l'objet. Le laboratoire pharmaceutique qui distribue le vaccin contre l'hépatite B dépose une plainte pour violation du secret de l'instruction et violation du secret professionnel.

Le tribunal correctionnel de Paris constate la matérialité du délit, tout en précisant que « l'éventuelle divulgation précédente du rapport, en particulier auprès des journalistes qui l'interrogeaient, était indifférente à la constitution du délit ». Répondant à l'argument de Maître Mor, qui invoquait le bénéfice de l'article 114, alinéa 7, du Code de procédure pénale qui, selon elle, l'autorisait à faire état de l'existence du rapport d'expertise et à s'exprimer sur son contenu pour les besoins de la défense, notamment en le communiquant à des « tiers », le tribunal considère que les tiers visés par cette disposition sont des techniciens consultés pour donner un avis, mais qu'ils ne peuvent être assimilés à des journalistes qui veulent diffuser des informations sur le dossier. Pareille démarche ne répond pas aux besoins de la défense, dit le tribunal.

La Cour d'appel de Paris confirme la condamnation en précisant que les dispositions légales appliquées ne violent pas le principe de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention. Elles sont, pour la Cour, nécessaires à la préservation des intérêts d'ordre public et privé.

La Cour de cassation confirme cet arrêt le 28 octobre 2008. Maître Mor porte l'affaire à Strasbourg. La Cour européenne lui donnera raison. La particularité du dossier est que les propos tenus par Maître Mor n'auraient en aucune façon pu lui être reprochés s'ils étaient restés dans l'enceinte du prétoire. C'est le fait qu'elle se soit exprimée en dehors de celui-ci, portant ainsi le débat dans la presse, qui lui est reproché.

La Cour relève tout d'abord que l'on se trouve bien dans le cadre d'un débat d'intérêt général qui met en cause des questions de santé publique et le fonctionnement des institutions sanitaires de l'État. L'avocate n'a pas transmis de pièces couvertes par le secret professionnel (les journalistes les possédaient). Elle s'est contentée de les commenter. Certes, la publicité déjà donnée à ces documents ne déchargeait pas l'avocate de son devoir de prudence à l'égard du secret de l'instruction, mais il n'est pas contestable que les nécessités de la défense de ses clients l'autorisaient à faire appel à l'opinion publique dans un débat déjà médiatisé. La Cour relève que les pressions exercées sur les experts « à les supposer avérées, étant inacceptables et incontestablement de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction, [...] les déclarations de [Maître Mor] ne pouvaient passer comme susceptibles de troubler le bon fonctionnement de la justice ou de porter

⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Bono*, 15 décembre 2015, n° 29024/11.

atteinte à la présomption d'innocence de personnes mises en cause. Au contraire, la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public »⁷.

Dans le même sens, citons l'arrêt *Amihalachioaie* du 20 avril 2014 ou l'arrêt *Gouveia Gomes Fernandes et Joao Manuel Pereira de Lima de Freitas e Costa* du 29 mars 2011⁸. L'arrêt *Alfantakis*⁹ est tout particulièrement remarquable. La Cour absout l'avocat qui, dans une affaire très médiatisée en raison de la notoriété des parties, avait déclaré sur un plateau de télévision¹⁰, au sujet d'un rapport déposé par un procureur : « *Franchement, lorsque je l'ai lu, j'ai ri* ». Elle relève que l'on se trouvait clairement en présence d'un jugement de valeur, même s'il était exprimé de façon ironique. Dans la mesure où il avait été exprimé dans une émission en direct à propos d'une affaire déjà médiatisée, la condamnation, même modérée (des dommages et intérêts, mais pas de peine), ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique.

Dans d'autres espèces, la Cour sera plus sévère à l'égard des avocats. Citons l'affaire *Peruzzi* du 30 juin 2015, qui rejette le recours d'un avocat qui avait été condamné pour avoir adressé à des magistrats des reproches de parti pris et de fautes volontaires non étayés et auxquels une publicité avait été donnée sans la moindre nécessité. On peut également citer l'arrêt *Coutant* qui rejette le recours de cette avocate condamnée à une peine d'amende à la suite de la diffusion d'un communiqué de presse dans lequel elle fustigeait l'attitude des services de police dans des termes très virulents : « *infamie des procédés* », « *pratique des rafles selon des méthodes dignes de la Gestapo et de la Milice, à toute heure du jour et de la nuit, contre des familles entières, y compris les enfants, quitte à les habiller de fausses pièces à conviction* », « *brutalités et tortures pendant les gardes à vue de 4 jours, sous le contrôle des juges de la section spéciale* », « *mise en détention à l'isolement total, pendant des mois ou des années, sans aucune charge matérielle réelle sauf celle "d'être capable de"* », « *parmi les cibles désignées d'avance, islamophobie oblige, figure en bonne place, ceux qui sont de sang arabe...* ». Là aussi, la Cour

⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Mor*, 15 décembre 2011, J.L.M.B., 2012, p. 73 et obs. J. HENRY et P. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession ».

⁸ J.L.M.B., 2011, p. 836.

⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Alfantakis*, 11 février 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1936 et obs. L. MISSON et L. KAENS, « Peut-on rire de tout, même d'un procureur ? Rira bien qui rira le dernier... ».

¹⁰ La Cour relève à cet égard qu'une plus grande compréhension doit bénéficier à ceux qui participent à une émission en direct et y émettent des opinions, car « cet élément leur ôte la possibilité de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer avant qu'elles ne soient rendues publiques » (réf. aux arrêts *Lionarakis* du 5 juillet 2007, n° 1131/05 et *Gündüz* du 4 décembre 2003, n° 35071/97).

pointe « le caractère excessif et l'absence de bases factuelles des propos litigieux » et « le fait qu'ils émanent d'une avocate »¹¹.

4. Maître Morice défend la veuve du juge Borrel, dont le corps sans vie a été retrouvé à Djibouti le 19 octobre 1995. Les autorités locales ont rapidement conclu au suicide. Un peu étonnant : le corps du juge Borrel avait été retrouvé nu, brûlé, dans une décharge locale... Un mode de suicide pour le moins original...

Des magistrats français ont été désignés pour instruire l'affaire. Ils refusent d'organiser une reconstitution en présence des parties civiles. Sur recours de Maître Morice, la Cour d'appel de Paris annule cette décision et dessaisit les magistrats. Leur successeur constate dans un P.V. que, d'une part, la cassette de la reconstitution ne figurait pas dans le dossier qui lui a été transmis à l'origine et que, d'autre part, quand elle lui a enfin été remise, à sa demande, elle l'a été dans une enveloppe fermée comprenant aussi un mot manuscrit du Procureur de la République de Djibouti rédigé comme suit :

« *Salut Marie-Paule, je t'envoie comme convenu la cassette vidéo du transport au Goubet. J'espère que l'image sera satisfaisante. J'ai regardé l'émission "Sans aucun doute" sur TF1. J'ai pu constater à nouveau combien Madame Borrel et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation. Je t'appellerai bientôt. Passe le bonjour à Roger s'il est rentré, de même qu'à J.C. A très bientôt, je t'embrasse, Djama* »¹².

Maître Morice dénonce les faits au garde des Sceaux. Il fait état de « *comportement parfaitement contraire au principe d'impartialité et de loyauté* », demande une enquête sur « *les nombreux dysfonctionnements... mis à jour dans le cadre de l'information judiciaire* » et dénonce « *la connivence entre le Procureur de Djibouti et les magistrats français* ». Des extraits de sa lettre sont publiés dans le journal *Le Monde*.

Les magistrats mis en cause déposent plainte contre Maître Morice. Celui-ci sera condamné par la Cour d'appel de Rouen à une amende de 4.000 €. La Cour de cassation confirme cette condamnation par un arrêt du 10 novembre 2009. Dans un premier temps, la 5^e section de la Cour européenne des droits de l'homme rejette le recours de Maître Morice. Elle estime qu'il a adopté un comportement « *dépassant les limites que les avocats doivent respecter dans la critique publique de la justice* ». Elle souligne que les propos de l'avocat étaient « *susceptibles de saper inutilement la confiance du public* ».

¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Coutant*, 24 janvier 2008, n° 17155/03. Voy., dans le même sens, les arrêts *Casteels* du 23 avril 1992, n° 11798/85 et *Incal* du 9 juin 1997, n° 22678/93.

¹² Roger est un des autres juges d'instruction dessaisis de l'affaire. Pour plus de détails sur cette affaire et sur les faits qui sont à son origine, voy. M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », *Rev. trim. d. h.*, 2017, p. 169.



à l'égard de l'institution judiciaire, puisque l'instruction du dossier avait été confiée à un autre juge depuis plusieurs mois ».

Mais la Grande chambre accueille au contraire le recours de Maître Morice. Tout en soulignant l'importance « dans un État de droit et une société démocratique, de préserver l'autorité du pouvoir judiciaire », elle constate que « les propos du requérant n'étaient pas de nature à perturber la sérénité des débats judiciaires, compte tenu du dessaisissement, par la juridiction supérieure, des deux juges d'instruction visés par les critiques. Ni le nouveau juge d'instruction ni les juridictions supérieures n'étaient en aucune façon visés par les propos litigieux. [...] En tout état de cause, le bon fonctionnement des tribunaux ne saurait être possible sans des relations fondées sur la considération et le respect mutuels entre les différents acteurs de la justice, au premier rang desquels les magistrats et les avocats » (§§ 168-170).

5. On peut synthétiser l'enseignement de ces arrêts en quelques propositions.

Dans le prétoire¹³, l'avocat dispose d'une liberté presque totale, mais pour autant que ses propos restent en relation avec la cause ou les parties. Les attaques contre

les magistrats, les autres acteurs de justice ou, d'ailleurs, des tiers sont admises, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'attaques *ad hominem*. En d'autres termes, les critiques sont admises lorsqu'elles sont fonctionnelles, qu'elles visent la façon dont les magistrats ont accompli (ou pas accompli) leurs tâches et non leurs qualités personnelles. Dire d'un magistrat qu'il a prononcé un jugement arbitraire est admissible, qu'il l'a fait malhonnêtement ne l'est pas, sauf bien sûr à être en mesure de le démontrer (et à le faire).

Dans le prolongement ou hors du prétoire, les règles sont différentes¹⁴. La Cour reste attachée à l'idée qu'en principe, la défense s'exerce prioritairement devant les cours et tribunaux. Ce n'est qu'en cas de nécessité (celle-ci étant plutôt défensive qu'offensive, c'est-à-dire que la Cour admet plus facilement que la défense s'exprime dans les médias lorsque ceux-ci ont déjà reçu des informations et qu'il s'agit d'y réagir que lorsque

c'est mentir», R.C.J.B., 2017, p. 5 et obs. J.-P. BUYLE et P. HENRY, « Dans le prétoire, sur les marches du prétoire, hors du prétoire: la liberté d'expression de l'avocat ».

¹⁴ Outre les contributions déjà citées, on consultera F. JONGEN, « La liberté d'expression hors du prétoire », in *La parole de l'avocat: de la liberté d'expression au devoir d'indignation*, Barreau de Nivelles, Limal, Anthemis, 2010, pp. 33-50; F. KRENC, « La liberté d'expression de l'avocat en dehors du prétoire: l'homme de droit entre droits et devoirs », in *L'avocat dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 147; adde P. HENRY, « Demain, les chiens », in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 41.

¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Morice c. France*, 23 avril 2015, n° 29369/10, J.L.M.B., 2015, p. 969, *Rev. trim. d. h.*, 2017, p. 169, et obs. M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire,

l'avocat souhaite lui-même externaliser le débat¹⁵) que l'avocat est autorisé à faire sortir le procès de l'enceinte du Palais en y portant des critiques qui touchent à l'honneur ou à la réputation de tiers (en ce compris leur adversaire).

L'avocat doit alors être conscient que sa position d'acteur de justice l'oblige à prendre certaines précautions pour ne pas décrédibiliser gratuitement le service public auquel il participe. On doit se réjouir, à cet égard, que l'arrêt *Morice* utilise l'expression « *acteur de justice* » plutôt que l'expression « *auxiliaire de justice* », mettant ainsi mieux en évidence un statut orienté vers la subjectivité du client plus que vers l'objectivité attendue du juge. Le fait que, dans cette affaire, le juge Kūris ait tenu à exprimer, par une opinion concordante, qu'il n'acceptait pas que l'on considère que l'avocat tenait un rôle central dans l'administration de la justice montre cependant, par opposition, que la majorité de la Cour reste attachée à l'idée d'un avocat faisant partie de l'institution. En témoigne aussi le fait qu'elle ait refusé d'assimiler l'avocat au journaliste, ce qui va de soi si l'on compare leurs fonctions, mais est moins évident lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de protection de leur liberté d'expression.

« L'avocat doit alors être conscient que sa position d'acteur de justice l'oblige à prendre certaines précautions pour ne pas décrédibiliser gratuitement le service public auquel il participe. »

La liberté d'expression de l'avocat varie alors en fonction de la portée de ses propos. Participent-ils à un débat d'intérêt général ou non ? S'il s'agit de dénoncer les dysfonctionnements d'une institution, ils y participeront nécessairement. Il peut également en être ainsi lorsque l'affaire en cause y a trait, l'initiative de sortir le litige du cercle où elle s'exerce comme ce fut le cas dans l'affaire

¹⁵ Ce n'est pas incompréhensible. Le fait qu'en dehors du prétoire, la contradiction, qui est une des bases fondamentales de notre organisation judiciaire, soit plus facilement malmenée peut expliquer que la Cour soit plus clémentine à l'égard de celui qui veut la rétablir qu'en faveur de celui qui prend l'initiative de sortir le litige du cercle où elle s'exerce (en ce sens, P. MARTENS, « Conclusions – La parole de l'avocat », in *La parole de l'avocat : de la liberté d'expression au devoir d'indignation*, op. cit., p. 141).

Mor. Il n'en est pas nécessairement ainsi lorsque la critique touche aux particularités précises d'un cas¹⁶.

Le critère de l'utilité de la dénonciation doit également être pris en considération. La Cour est plus sévère lorsque, comme dans l'affaire *Peruzzi*, la diffusion donnée à des accusations ne présente aucun intérêt pour la défense du client.

Il faut alors distinguer les critiques émises constituant des jugements de valeur, plus largement admissibles parce qu'elles se prêtent moins à vérification, des affirmations de fait, qui sont susceptibles de devoir être justifiées, voire prouvées. S'il s'agit de jugement de valeur, il faut alors qu'ils s'autorisent d'une base factuelle suffisante, qu'ils ne soient pas trompeurs et ne constituent pas une attaque gratuite. L'arrêt *Morice* parle de base factuelle suffisante. Avec Manuela Cadelli et Jacques Englebert¹⁷, constatons que, dans d'autres arrêts, la Cour a fait usage d'autres expressions : base factuelle solide¹⁸, fondements sérieux¹⁹, base factuelle pas inexistante²⁰, lien suffisamment étroit²¹, voire pas entièrement dépourvu de toute base factuelle²² ou, tout simplement, une base factuelle²³... Convenons que ces expressions ne sont pas synonymes. L'expression « *suffisante* » semble suggérer un rapport de proportionnalité entre ce qui est avancé et les éléments qui fondent la déclaration.

Enfin, bien sûr, la pertinence de l'attaque sera passée au crible. Pas plus que dans les limites du prétoire, la critique *ad hominem* ne sera admise si elle n'est pas en rapport avec les nécessités de la défense²⁴. De même,

¹⁶ Voy. à cet égard l'arrêt *Bédard* du 29 mars 2016, n° 56925/08, prononcé en matière de liberté d'expression de la presse : « Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si le contenu de l'article et, en particulier, les informations qui étaient couvertes par le secret de l'instruction étaient de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question (*Stoll*, du 10 décembre 2007, n° 69698/01; voy. également *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue*, du 9 novembre 2006, n° 64772/01) ou simplement à satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée du prévenu (*mutatis mutandis*, *Von Hannover c. Allemagne*, du 24 juin 2004, n° 59320/00, § 65, *Société Prisma Presse c. France*, du 1^{er} juillet 2003, n° 66910/01 et 71612/01, *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS)*, du 23 juillet 2009, n° 12268/03, § 40, *Mosley*, du 10 mai 2011, n° 48009/08, § 114) » (§ 64).

¹⁷ M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », *Rev. trim. d. h.*, 2017, p. 180. Voy. aussi, J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'information*, Limal, Anthemis, 2014, n° 96.

¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Karpetas*, 30 octobre 2012, n° 6086/10, § 78.

¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Alfantakis*, 11 février 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1936, § 27.

²⁰ Cour eur. D.H., arrêt *de Lesquen du Plessis-Casso*, 12 avril 2012, n° 54016/09, § 45.

²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, 29 mars 2011, n° 1529/08.

²² Cour eur. D.H., arrêt *Kudeshkina*, 26 février 2009, n° 29492/05, § 95.

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Bono*, 15 mars 2016, n° 29024/11, § 53.

²⁴ La Cour de cassation de France juge ainsi que « les propos adressés *ad hominem* et manifestant exclusivement une animosité personnelle, sans traduire une idée, une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général, ne relèvent pas de la protection du droit à la liberté d'expression [...] » (Cass. fr., 28 mars 2008, inédit, n° 05-18.598, cité par B. RICHARD, « Sommes-nous insuffisamment immunisés? », *Gaz. Pal.*, 3-5 juillet 2011, p. 17 – à l'issue d'une session d'assises, un avocat avait apostrophé le président en lui disant : « Je ne vous supporte plus... j'en ai assez de vous

plus les critiques sont virulentes et factuelles, plus elles doivent être étayées²⁵.

Mais, l'arrêt *Morice* présente la question sous un angle différent puisque la Cour y pose d'emblée que la critique se situait en dehors des nécessités de la défense. Elle visait des juges qui avaient été dessaisis du dossier et dont on ne pouvait plus rien attendre. Elle n'était pas de nature à influencer sur le comportement des nouveaux. Il s'agissait, dans le cadre d'un débat d'intérêt général, puisqu'il portait sur une affaire dont les enjeux géopolitiques étaient patents, de dénoncer de graves dysfonctionnements qui touchaient l'organisation de la justice, mais mettaient aussi en cause la crédibilité de l'État lui-même.

A lire les conclusions de la Cour, il n'est cependant pas simple de dégager en quoi le fait que les dénonciations portées soient sans rapport avec les nécessités de la défense exerce une influence sur la solution qu'elle donne au litige. On serait tenté d'écrire qu'il faut alors que l'on se situe nécessairement dans le cadre d'un débat d'intérêt général, mais la Cour pose aussi cette exigence lorsque l'avocat s'exprime pour assurer la défense de ses clients en dehors du prétoire. A mon estime, c'est là que la distinction devrait s'opérer : s'il s'agit de défendre le client devant les médias ou par le biais des médias, c'est à l'aune des nécessités de cette défense que l'usage de la liberté d'expression doit être apprécié ; s'il s'agit de porter une dénonciation, c'est le critère de l'intérêt général qui doit être manié.

II. Le revers : libre cours à la haine et aux appels à la violence ?

6. Les principes ci-avant invoqués consacrent une grande liberté d'expression dans l'exercice de la défense. Ce n'est, en réalité, que lorsque l'avocat sort

voir. Vous me gonflez avec votre sourire en coin. Vous serez responsable de ce gâchis. Ce que vous avez fait est dégueulasse » ; dans le même sens, Cass. fr., 4 mai 2012, *Bull.*, 2012, I, n° 96 : dans l'affaire dite du « gang des barbares », l'avocat des parties civiles avait traité l'avocat général de « traître génétique » (sur les circonstances précises de cette affaire, voy. M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », *op. cit.*, note 27). En revanche, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles admet qu'un avocat ait qualifié un enquêteur, entendu en qualité de témoin, de « tordu » (11 juin 2008, *J.T.*, 2008, p. 603).

²⁵ Dans le commentaire qu'ils consacrent à l'arrêt *Morice* (« A great victory for the whole legal profession », *Strasbourg observer*, 6 mai 2015), I. Hoedt-Rasmussen et D. Voorhoof relèvent que « *It is remarkable that the Grand Chamber does not situate this case in the framework of a balancing test between the lawyer's freedom of expression and the right of reputation of the two judges as guaranteed by article 8 ECHR* ». C'est exact, mais je n'en tirerais pas de conclusions définitives, car la Cour avait noté que les critiques participaient d'un débat d'intérêt général sur le fonctionnement des institutions judiciaires et, aussi, qu'elles ne traduisaient pas une animosité personnelle (§§ 165-167). Voy. par exemple les arrêts *Sgarbi* du 21 octobre 2008, n° 37115/06 ; *Skalka* du 27 mai 2003, n° 43425/98 ; *Floquet et Esmenard* du 10 janvier 2012, n°s 29064/08 et 29979/08 (cet arrêt a également été prononcé dans le cadre de l'affaire *Borrel*).

de son rôle de défenseur pour, sans nécessité, pénétrer dans le domaine de l'invective gratuite qu'il risque une sanction.

La place nous manque pour démontrer que, bien sûr, les avocats n'ont pas l'apanage de cette liberté. Elle profite aussi aux journalistes, aux politiciens, aux acteurs de la santé, aux professionnels de façon générale.

Et même aux humoristes ou aux caricaturistes.

Ce n'est que lorsque la liberté d'opinion et d'expression déborde le cadre de l'information et du jugement de valeur pour dégénérer en injure, appel à la discrimination ou à la haine qu'elle est susceptible d'être réprimée. Mais, même alors, des mécanismes procéduraux ou des contingences pratiques font que ces déviations restent alors largement impunies.

Il y a quelques semaines²⁶, nous apprenions que les poursuites ouvertes à la suite de la plainte de Maître Lucie Simon pour les nombreux messages de menaces qu'elles avaient reçus étaient classées sans suite, faute pour les enquêteurs d'avoir pu identifier leurs auteurs.

C'est malheureusement le *quod plerumque fit*. Les outils de communication qui sont aujourd'hui à la disposition des auteurs de *fatwa* ou d'appels à la haine ouvrent une telle possibilité d'anonymat qu'il est rare que l'on puisse les identifier. Et les propriétaires de réseaux sociaux sont, à cet égard, particulièrement peu collaborant.

7. Ainsi, en Belgique, pour prendre l'exemple que je connais le mieux, une série de règles, tant procédurales que de fond, protège ceux qui font usage de la liberté d'expression, sans s'attacher aux buts qu'ils poursuivent.

Elles ont pour but d'assurer la protection de la presse et loin de moi l'idée de contester que cet objectif soit louable. Il est d'ailleurs consacré par l'article 25 de la Constitution :

« La presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs ».

Cet article complète l'article 19 :

« La liberté des cultes, celle de leur exercice, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

Et l'article 150 ajoute :

« Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie ».

Mais il faut être attentifs à ce que recouvre la notion de presse.

²⁶ 2 septembre 2023.

En Belgique, la notion de délit de presse ne vise que les écrits imprimés²⁷, c'est-à-dire l'expression d'une opinion qui figure dans un « corps d'écriture », sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit d'un écrit classique ou d'un texte électronique²⁸.

Dès lors, si les messages audiovisuels sont – bizarrement²⁹ – exclus de la protection constitutionnelle, tout message écrit et diffusé que ce soit dans un journal classique, dans une brochure confidentielle ou sur un réseau social bénéficie de la protection.

La Cour de cassation interprète la notion d'opinion de façon extrêmement large: « tout texte, même fort court, comporte normalement l'expression d'une opinion », écrit Michel Hanotiau pour synthétiser la jurisprudence de la Cour de cassation³⁰... Une simple injure peut ainsi constituer l'expression d'une opinion³¹.

Ainsi, hors le cas de l'opinion raciste ou xénophobe³², toute expression d'une opinion par la voie d'un écrit est constitutive d'un délit de presse et, dès lors, passible de la Cour d'assises. Autant dire que les poursuites pour un appel à la haine exprimé par écrit sont *de facto* quasi-impossibles³³ sauf dans le cas où l'appel à la haine est inspiré par le racisme ou la xénophobie.

Des propositions de loi ont été déposées à de très nombreuses reprises pour modifier ce régime³⁴. Aucune n'a encore abouti.

²⁷ Cass., 5 juin 1900, *Pas.*, 1900, I, p. 283; Cass., 21 décembre 1903, *Pas.*, 1904, I, p. 85; Cass., 22 mai 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 315.

²⁸ Voy. sur cette question: Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, spéc. pp. 33-116; F. JONGEN et A. STROWEL, *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017; M. HANOTIAU, *Le délit de presse: insolite, arbitraire et fragile*, p. 37; J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'expression*, Limal, Anthemis, 2014, p. 176; Fr. TULKENS et M. VERDUSSEN, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *Annales de droit de Louvain*, p. 66; Fr. JONGEN, « Le délit de presse, un concept élargi », *J.T.*, 1994, p. 105; cette conception a été battue en brèche par un jugement du tribunal correctionnel de Liège du 7 septembre 2018, qui a considéré que la seule expression d'une injure sur des réseaux sociaux ne constituait pas l'expression d'une opinion (Corr. Liège, 7 septembre 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1817 et obs Q. PIRONNET, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse »), mais cette décision a été réformée et est restée isolée. Voy. pour des cas d'application récents confirmant la jurisprudence classique: Liège, 1^{er} avril 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1736 et obs. S. ROYER et N. KRACK, « Comment les incels ont déclenché la compétence de la Cour d'assises en matière de délit de presse »; Corr. Hainaut, 22 mars 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 444 (il s'agissait d'un commentaire négatif déposé sur *Tripadvisor* par l'ex-épouse d'un restaurateur); Corr. Bruxelles, 15 juillet 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1513.

²⁹ Même si cela s'explique par des raisons historiques: l'audiovisuel n'existait pas à l'époque de la rédaction de la Constitution.

³⁰ *Op. cit.*, p. 36.

³¹ Cass., 22 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 636; Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 12.

³² Depuis que l'article 150 de la Constitution ait été modifié en 1999, pour permettre aux tribunaux correctionnels de connaître des délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie. Voyez à ce sujet E. Van Den Broek, « En route vers la révision de l'article 150 de la Constitution », *Cahiers du CRIC*, juin 2022.

³³ Comme le dit le professeur Velaers à l'occasion du colloque organisé au Sénat le 29 novembre 2019 (*La liberté de la presse au XXI^e siècle*, p. 56).

³⁴ L'article 25 de la Constitution a, par exemple, été ouvert à révision à pas moins que sept reprises. L'article 150 à douze reprises.

Conclusion

8. Il y a d'un côté la presse « *bas les masques* ». Et de l'autre la presse « *bas les slips* ». Ainsi s'exprimait en 2005, Jean Lacouture³⁵.

A l'époque des *fake news*, la *summa divisio* n'est sans doute plus là. Il reste difficile d'admettre, bien sûr, qu'au nom de la satisfaction de nos instincts les plus veules, la vie privée de quelques stars, ou de quelques PEPs, soit étalée à la une de nos magazines. Mais, aujourd'hui, il y a bien plus important. Pouvons-nous donner un blanc-seing (en fait sinon en droit), à ceux qui prêchent la haine, qui appellent au meurtre d'enseignants qui, comme Samuel Paty, ont simplement voulu favoriser l'esprit critique de leurs élèves, ou qui appellent à l'incendie d'écoles parce qu'on se propose d'y intégrer un programme de quatre heures d'éducation à la vie relationnelle, affective et sexuelle?

Pouvons-nous admettre que, dans nos pays, des avocats soient menacés de mort, de défiguration ou de viol, simplement parce qu'ils ont accepté de prendre en charge une cause sensible?

Entendons-nous bien, je ne réclame pas un privilège pour les avocats. S'ils doivent être protégés, d'autres méritent la même protection. Mais il faut bien admettre qu'ils figurent en tout cas au nombre de ceux qui, par leur profession, sont structurellement exposés à la menace. En Inde ou au Pakistan, des avocats sont régulièrement agressés et abattus parce qu'ils interviennent dans des conflits de propriétés (souvent entre personnes émanant de groupes ethniques ou culturels différents). En Amérique centrale ou aux Philippines, des centaines d'avocats ont été assassinés parce qu'ils ont accepté d'intervenir dans des dossiers liés à la lutte contre les cartels qui dirigent les trafics de drogue. En Europe, des avocats sont agressés parce qu'ils interviennent dans des procédures de divorce ou, même simplement, parce qu'ils ont perdu un procès³⁶.

« Les médias devraient faire attention à qui ils invitent. On donne la parole à des personnalités incompetentes, qui ne devraient pas commenter des dossiers qu'elles ne connaissent pas et auxquels elles n'ont pas accès. C'est nouveau et très dangereux » dénonce l'avocat Yassine Bouzrou³⁷.

C'est une partie de l'explication du problème. La liberté de la presse a son revers.

Il y a une dizaine d'années, j'ai été invité à prendre la parole à Kigali, dans un colloque consacré à la liberté d'expression. J'avais préparé un exposé centré sur les grands principes

³⁵ J. LACOUTURE et H. LE PAIGE, *Éloge du secret*, Charleroi, Labor, 2005.

³⁶ D. COURTINE et J. CONSTANT, « Paris: un avocat séquestré et frappé par des clients mécontents », *Le Parisien*, 17 septembre 2023.

³⁷ Cité par C. PILORGET-REZZOUK, « La haine contre le mis en cause est transposée à l'avocat qui le défend », *Libération*, 7 août 2023.

consacrés par la Cour européenne des droits de l'homme et, particulièrement, sur le fameux arrêt *Handyside*.

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels, il n'est pas "société démocratique" »³⁸.

Très heureusement, je n'étais pas le premier à prendre la parole. J'ai vite compris que, là-bas, les choses étaient vues un peu différemment. Au Rwanda, la liberté d'expression a fait 800.000 morts...

Les avocats ont besoin de protection. Ne renonçons pas à la liberté d'expression, mais veillons à ce qu'elle ne puisse être détournée par les prêcheurs de haine.

Nous avons besoin de barrières de protection. Pour tous, mais aussi, spécialement, pour les avocats.

Nous avons besoin d'une Convention européenne sur la profession d'avocat.

³⁸ Cour eur. D.H., *Handyside*, du 7 décembre 1976. Voy. aussi les arrêts *Stoll*, du 10 décembre 2007, *Animal Defenders International*, du 22 avril 2013, ou *Morice*, du 23 avril 2015.