

RSC 2015 p.740

Du droit pour un avocat d'attirer l'attention du public, en dehors du prétoire, sur des dysfonctionnements judiciaires
(CEDH, gr. ch., 23 avril 2015, n° 29369/10, *Morice c/ France*, D. 2015. 974  ; AJ pénal 2015. 428, obs. C. Porteron )

Damien Roets, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges, O.M.I.J. - Limoges

Après l'arrêt de chambre rendu par la CEDH le 11 juillet 2013 (1), l'affaire *Morice c/ France* a donné lieu à un arrêt de Grande Chambre qui ne manquera pas de retenir l'attention des juristes universitaires et, sans doute plus encore, des praticiens. L'affaire *Morice* est un avatar de l'affaire *Borrel*, du nom du magistrat détaché auprès du ministre de la Justice de Djibouti dont le corps à demi dénudé, et en partie carbonisé, fut retrouvé à 80 kilomètres de la ville de Djibouti en contrebas d'une route isolée en octobre 1995. Un mois plus tard, une enquête menée par la police locale concluait à un suicide. En mars 1997, la veuve du juge Borrel contestant la thèse du suicide, déposa une plainte avec constitution de partie civile pour assassinat contre personne non dénommée. En octobre 1997, la Cour de cassation ayant fait droit à la demande de dessaisissement de la juridiction toulousaine initialement saisie, deux juges d'instruction du TGI de Paris furent désignés, les juges M. et L. L. Durant l'instruction, ces derniers se rendirent deux fois à Djibouti et entendirent, par ailleurs, à Bruxelles, un témoin accréditant la thèse de l'assassinat et mettant en cause l'ancien chef de cabinet du Président de la République de Djibouti. Or, les avocats de la veuve Borrel, M^{es} Olivier Morice et Laurent de Caunes, ayant relevé des dysfonctionnements dans l'instruction tendant à réfuter la thèse de l'assassinat, accordèrent le 7 septembre 2000 un entretien au journal *Le Monde*, lequel se lisait comme suit :

« Les avocats de la veuve du juge Bernard Borrel, retrouvé mort en 1995 à Djibouti dans des circonstances mystérieuses, ont vivement mis en cause, mercredi 6 septembre, auprès du Garde des Sceaux, la juge [M.], dessaisie du dossier au printemps. Celle-ci est accusée par M^{es} Olivier Morice et Laurent de Caunes d'avoir "un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté" et semble avoir omis de coter et de transmettre une pièce de procédure à son successeur.

Les deux avocats, qui n'avaient pas été autorisés à se rendre à Djibouti en mars pour un second transport sur les lieux, ont demandé le 1^{er} août à consulter la cassette vidéo tournée sur place. Le juge [P.], chargé de l'instruction depuis le dessaisissement [des juges M. et L.L.] le 21 juin, leur a indiqué que la cassette ne figurait pas au dossier et n'était pas "référéncée dans la procédure comme étant une pièce à conviction". Le juge a aussitôt appelé sa collègue, qui lui a remis la cassette dans la journée. "Les juges [M.] et [L. L.] avaient gardé par-devers eux cette cassette", proteste M^e Olivier Morice, "qu'ils avaient omis de placer sous scellés, plus d'un mois après leur dessaisissement".

Pire, dans l'enveloppe le juge [P.] a découvert un mot manuscrit et assez familier de Djama [S.], le Procureur de la République de Djibouti. "Salut Marie-Paule, je t'envoie comme convenu la cassette vidéo du transport au Goubet", peut-on lire dans ce texte. "J'espère que l'image sera satisfaisante. J'ai regardé l'émission Sans aucun doute sur TF1. J'ai pu constater à nouveau combien M^{me} Borrel et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation. Je t'appellerai bientôt. Passe le bonjour à Roger [L.L.] s'il est rentré, de même qu'à J.-C. [D.] [procureur adjoint à Paris]. A très bientôt, je t'embrasse, Djama".

Les avocats de M^{me} Borrel sont évidemment furieux. "Cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français, assure M^e Morice, et on ne peut qu'être scandalisés". Ils ont réclamé à Elisabeth Guigou une enquête de l'inspection générale des services judiciaires. La ministre de la Justice n'avait pas reçu leur courrier, jeudi 7 septembre. M^{me} [M.] fait déjà l'objet de poursuites disciplinaires devant le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), notamment pour la disparition de pièces dans l'instruction du dossier de la Scientologie ».

Pour la bonne compréhension de l'affaire, il importe de relever que dans le courrier qu'ils avaient adressé au Garde des Sceaux, évoqué dans l'article, les avocats de Madame Borrel affirmaient que, selon eux, la forme et le fond de la carte adressée par le Procureur de Djibouti à la juge M. révélait une « surprenante et regrettable intimité complice » et rappelaient que le Procureur se trouvait sous la dépendance directe du Gouvernement dont le chef était « soupçonné très ouvertement et très sérieusement d'être l'instigateur de l'assassinat de Bernard Borrel ».

Après une inutile et assez fantaisiste plainte avec constitution de partie civile déposée pour dénonciation calomnieuse, les juges M. et L.L. déposèrent plainte avec constitution de partie civile pour diffamation envers un fonctionnaire public contre le directeur de publication du quotidien *Le Monde*, le journaliste auteur de l'article et le requérant (le confrère de M^e Morice, M^e Laurent de Caunes, n'étant pas visé par l'ire judiciaire des deux magistrats). À l'issue de la procédure, après le rejet de son pourvoi en cassation le 10 novembre 2009, le requérant fut définitivement condamné à une amende de 4 000 € pour complicité de diffamation envers un fonctionnaire public et, solidairement avec les autres prévenus, à verser 7 500 € de dommages et intérêts à chacun des deux magistrats. Le 7 mai 2010, M^e Morice saisit la Cour européenne des droits de l'Homme, alléguant notamment d'une atteinte à son droit à la liberté d'expression tel que consacré par l'article 10 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme (2). Bien lui en a pris, puisque, prenant vigoureusement le contrepied de la chambre de la 5^e section qui avait statué sur l'affaire en 2013 et conclu par six voix contre une à l'absence violation, la Grande Chambre constata, à l'unanimité, une violation de cette disposition conventionnelle.

Dans un premier temps, après l'évocation de ceux concernant la liberté d'expression en général, dont la nécessaire distinction « entre déclarations de fait et jugement de valeur (3) », la Cour présente les principes généraux relatifs, d'une part, à la « garantie du pouvoir judiciaire » puis, d'autre part, au « statut et [à] la liberté d'expression de l'avocat ». S'agissant de la garantie du pouvoir judiciaire, la Cour commence par rappeler que « les questions concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, relèvent de l'intérêt

général (4) », que « comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer (5) », et que, partant, « [il] peut [...] s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir (6) ». Elle rappelle cependant que, « en dehors de l'hypothèse d'attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, compte tenu de leur appartenance aux institutions fondamentales de l'État, les magistrats peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites admissibles, et non pas uniquement de façon théorique et générale (7) », et que, à ce titre, « les limites de la critique admissibles à leur égard, lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles, sont plus larges qu'à l'égard de simples particuliers (8) ».

En ce qui concerne le statut et la liberté d'expression des avocats, la Cour, renvoyant à sa jurisprudence (9), procède à un certain nombre de rappels. Elle commence par évoquer le « statut spécifique des avocats, intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux (10) », qui « leur fait occuper une position centrale dans l'administration de la justice (11) » - assertions à propos desquelles le juge Kuris, dans son opinion pourtant concordante, exprime son désaccord (12). La Cour rappelle que « la question de la liberté d'expression est liée à l'indépendance de la profession d'avocat, cruciale pour un fonctionnement effectif de l'administration équitable de la justice (13) » et que « ce n'est qu'exceptionnellement qu'une limite touchant la liberté d'expression de l'avocat de la défense - même au moyen d'une sanction pénale légère - peut passer pour nécessaire dans une société démocratique (14) ». Puis, s'appuyant sur sa distinction désormais traditionnelle entre le cas de l'avocat qui s'exprime dans le prétoire et celui qui s'exprime en dehors du prétoire, elle rappelle que, dans le premier cas, « l'équité milite [...] en faveur d'un échange de vues libre, voire énergique, entre les parties (15) », « l'avocat [ayant] le devoir de défendre avec zèle les intérêts de ses clients (16) ». Quant à l'expression de l'avocat hors les murs du palais, *i. e.* dans les médias, la Cour fait une précision nouvelle en indiquant que les normes de conduites, nationales et européennes (17), imposées aux membres du barreau « contribuent à protéger le pouvoir judiciaire des attaques gratuites et infondées qui pourraient n'être motivées que par une volonté ou une stratégie de déplacer le débat judiciaire sur le terrain strictement médiatique ou d'en découdre avec les magistrats en charge de l'affaire (18) ». Dans le droit fil, cette fois, de sa jurisprudence antérieure, elle rappelle que « la défense d'un client peut se poursuivre avec une apparition dans un journal télévisé ou une intervention dans la presse et, à cette occasion, avec une information du public sur des dysfonctionnements de nature à nuire à la bonne marche d'une instruction (19) » et qu'« un avocat ne saurait être tenu responsable de tout ce qui figurait dans l'"interview" publiée [lorsque] c'est la presse qui a repris ses déclarations et que celui-ci a démenti par la suite ses propos (20) ». Elle réitère toutefois sa position selon laquelle les avocats ne peuvent ni « tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans solide base factuelle (21) » ni « proférer des injures (22) ». La Cour rappelle enfin qu'elle doit apprécier les propos litigieux « dans leur contexte général, notamment pour savoir s'ils peuvent passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite [...] et pour s'assurer que les expressions utilisées en l'espèce présentent un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce (23) ».

La lecture des développements ultérieurs de l'arrêt *Morice c/ France*, faisant application des principes généraux, révèle qu'il concerne finalement moins la question de la liberté d'expression de l'avocat que celle du droit de critiquer le traitement d'une affaire donnée par la justice. En effet, alors que le requérant soutenait que « ses déclarations publiées dans le journal *Le Monde* étaient précisément au service de la mission de défense de sa cliente (24) », la Cour constate que les propos litigieux, qui « s'inscrivaient dans le cadre de la procédure (25) », « visaient des juges d'instruction définitivement écartés de [celle-ci] lorsqu'il s'est exprimé (26) » et « ne décèle donc pas dans quelle mesure ses déclarations pouvaient directement participer de la mission de défense de sa cliente, dès lors que l'instruction se poursuivait devant un autre juge qui n'était pas mis en cause (27) ». La question se pose alors de savoir si, lorsqu'il ne s'exprime pas dans le cadre de sa mission de défense *stricto sensu*, un avocat, en dehors du prétoire, dispose ès qualités d'une liberté d'expression particulière se distinguant de celle dont doit disposer un journaliste ou un simple justiciable.

Dans les paragraphes 150 à 153, la Cour met l'accent « sur la contribution du requérant à un débat d'intérêt général » (intitulé du développement), et rappelle que l'existence d'un tel débat induit un « niveau élevé de protection ». L'objet même du débat n'apparaît cependant pas très clairement, qui semble porter à la fois sur les circonstances mystérieuses (et les aspects politico-diplomatiques) du décès du juge Borrel et sur la procédure judiciaire qui s'en est ensuivie. À la lumière de l'affirmation suivant laquelle « les questions concernant le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique, relèvent de l'intérêt général », c'est toutefois la critique de la procédure menée par les deux magistrats instructeurs du TGI de Paris initialement saisis de l'affaire *Borrel* qui semble prépondérante. En insistant sur le « retentissement médiatique très important (28) » de l'affaire, la Cour laisse néanmoins subsister un doute : la mise en exergue de dysfonctionnements de la justice dans une affaire lambda, non médiatisée, est-elle permise ? Cette question est peut-être oiseuse dans la mesure où, en de telles circonstances, les magistrats sont en quelque sorte protégés par la lourde chape de l'indifférence...

S'agissant de « la nature des propos litigieux », la Cour revient sur la distinction à opérer entre « déclarations de faits » et « jugements de valeur », les seconds, contrairement aux premières, ne se prêtant pas à une démonstration de leur exactitude. Selon elle, « dans les circonstances de l'espèce, les déclarations incriminées constituent davantage des jugements de valeur que de pures déclarations de fait, compte tenu de la tonalité générale des propos comme du contexte dans lequel ils ont été tenus (29) ». À la question de savoir si la « base factuelle » sur laquelle reposaient ces jugements de valeur était suffisante, elle donne une réponse positive, arguant de la non-transmission avérée au juge d'instruction désigné pour poursuivre l'information judiciaire de la cassette vidéo réalisée à l'occasion du second déplacement des juges M. et L.L. sur les lieux du décès, d'une certaine familiarité du procureur de la République de Djibouti à l'égard de la juge M., lequel soutenait la thèse du suicide alors que des soupçons pesaient sur l'éventuelle implication de représentants de cet État dans la mort du juge *Borrel*, et du fait que dans deux affaires médiatiques précédemment instruites par la juge M., dont celle dite « de la Scientologie », un dysfonctionnement a été identifié par les juridictions d'appel. Leur base factuelle étant établie, la Cour estime que les expressions utilisées par le requérant, qui « présentaient un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce (30) », n'étaient pas constitutives d'une « attaque gratuite (31) » et que « l'emploi d'un "ton acerbe" dans l'expression visant des magistrats n'est pas contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention (32) ». Sur le terrain du droit pénal spécial, ce passage de l'arrêt conduit à se demander si, *in casu*, le choix de la qualification de « diffamation » était pertinent. En effet, l'article 29, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse fait référence à « toute allégation ou imputation d'un fait » et que selon de la Chambre criminelle « pour constituer une diffamation, l'allégation ou l'imputation qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire (33) ». Or, des « jugements de valeur » reposant sur une « base factuelle » ne peuvent être purement et simplement assimilés à l'allégation ou l'imputation d'un ou plusieurs faits précis (les propos litigieux n'étant pas injurieux, la seule qualification envisageable était

vraisemblablement celle d'outrage à magistrat (34) ; mais, tout autant que celle de « diffamation », sa mobilisation eût exposé l'État français à un constat de violation de l'article 10 de la Conv. EDH).

Après avoir démontré que les propos du requérant avaient contribué au débat d'intérêt général sur le fonctionnement de la justice et reposaient sur une base factuelle, la Cour s'attarde longuement sur « les circonstances particulières de l'espèce ». Après avoir relevé que « le contexte de l'affaire se caractérisait non seulement par le comportement des juges d'instruction et par les relations du requérant avec l'un d'eux, mais également par l'historique très spécifique de l'affaire, la dimension interétatique qui en découle, ainsi que par son important retentissement médiatique (35) », elle s'emploie à minimiser l'animosité personnelle du requérant à l'égard de la juge M., en rappelant, d'une part, que les critiques émises ne visaient pas uniquement celle-ci mais également le juge L. L. et, d'autre part, que la lettre adressée au Garde des Sceaux, à l'origine de l'article du quotidien du soir, l'avait été par le requérant et par son confrère M^e de Caunes. Les propos litigieux participaient donc, selon elle, d'une « démarche commune et professionnelle de deux avocats, en raison de faits nouveaux, établis et susceptibles de révéler un dysfonctionnement grave du service de la justice, impliquant les deux anciens juges chargés d'instruire l'affaire dans laquelle leurs clients étaient parties civiles (36) ». Dans ce qui constitue assurément le coeur de l'arrêt, la Cour constate que les déclarations du requérant relevaient d'un sujet d'intérêt général ne laissant guère de place à des restrictions à la liberté d'expression (37), affirme qu'« un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, l'autorité judiciaire pouvant tirer un bénéfice d'une critique constructive (38) », puis souligne que « s'il peut s'avérer nécessaire de protéger les autorités judiciaires contre des attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux, le devoir de réserve interdisant aux magistrats visés de réagir [...], cela ne saurait avoir pour effet d'interdire aux individus de s'exprimer, par des jugements de valeur reposant sur une base factuelle suffisante, sur des sujets d'intérêt général liés au fonctionnement de la justice ou de prohiber toute critique à l'égard de celle-ci (39) ». Il se confirme ainsi que l'arrêt *Morice* a finalement plus traité au droit de critiquer la justice qu'à la liberté d'expression de l'avocat considéré en tant que tel. L'idée est en somme qu'un avocat peut comme tout un chacun émettre des jugements de valeur sur le fonctionnement de la justice, sa qualité d'auxiliaire de justice le plaçant dans une situation particulièrement avantageuse pour observer d'éventuels dysfonctionnements. La Cour, soucieuse de ne pas attiser le feu des critiques à l'encontre du pouvoir judiciaire, dont l'autorité doit être préservée, prend cependant le soin de souligner que « 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 (40) ».

La Cour constate *in fine* que la condamnation du requérant à la peine de 4 000 € d'amende a emporté violation de l'article 10 de la Convention, non sans avoir relevé que, en l'espèce, la qualité d'avocat du requérant avait été retenue à son encontre pour justifier une plus grande sévérité.

Le principal apport de l'arrêt de Grande Chambre *Morice c/ France* est de dessiner, dans le prolongement de maints arrêts antérieurement rendus, les contours du droit de critiquer la justice en dehors du prétoire et, plus concrètement, les magistrats qui en assurent le fonctionnement. Les propos ou les écrits doivent tout d'abord contribuer au débat d'intérêt général sur la justice. Ensuite, les propos ou les écrits ne doivent pas être injurieux. Enfin, et surtout, les propos ou les écrits doivent reposer sur une base factuelle suffisante. Ce dernier élément est fondamental dans la mesure où des critiques dépourvues d'une base factuelle suffisante peuvent être pénalement sanctionnées aux fins de préserver l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, but légitime visé au second paragraphe de l'article 10 de la Convention (ainsi, par exemple, affirmer publiquement que le fait pour un juge d'instruction d'avoir mis en examen un ancien Président de la République aspirant à le redevenir est « indigne [et déshonore] un homme, les institutions [et] la justice (41) », sans étayer cette affirmation d'éléments factuels, ne relève pas du « droit de critiquer une institution de la République (42) » mais constitue une attaque gratuite révélant la volonté d'en découdre avec le magistrat instructeur susceptible de tomber sous le coup de l'article 434-25 du code pénal incriminant « le fait de chercher à jeter le discrédit, publiquement par actes, paroles, écrits ou images de toute nature, sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance »). En revanche, des critiques non injurieuses et reposant, comme dans l'affaire *Morice*, sur une base factuelle suffisante ne sauraient être pénalement sanctionnées sous quelque qualification que ce soit dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre du débat d'intérêt général sur le fonctionnement de la justice, l'article 10 § 1^{er} de la Convention produisant alors un effet justificatif.

L'apport du présent arrêt doit cependant être relativisé (relativisation à laquelle s'emploie d'ailleurs la Cour dans ses « Questions-réponses sur l'arrêt de Grande Chambre *Morice c/ France* » destinées à la presse). Outre les incertitudes inhérentes à deux des trois critères de conventionnalité de critiques visant un ou des magistrats - leur caractère non injurieux et leur base factuelle suffisante -, force est de constater que, en plus d'envoyer des signaux contradictoires en cherchant à concilier le droit de critiquer la justice et la nécessité d'en préserver l'autorité et l'impartialité, la Cour tend à polluer sa démonstration en insistant trop lourdement sur les « circonstances particulières de l'espèce ». Au fil des ans, la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'article 10 de la Convention prend décidément la forme d'une étrange auberge espagnole...

Mots clés :

PRESSE * Délit de presse * Diffamation * Liberté d'expression * Dysfonctionnements judiciaires

(1) V. RSC 2013. 673 , obs. J.-P. Marguénaud.

(2) Sur l'atteinte au principe d'impartialité au sens de l'art. 6 § 1^{er} de la Convention, également alléguée, V. les § 65 à 92 de l'arrêt.

(3) § 126.

(4) § 128.

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*

(7) § 131.

(8) *Ibid.*

(9) V. not. CEDH, 23 nov. 1983, *Van der Musele c/ Belgique* ; CEDH, 24 févr. 1994, *Casaso Coca c/ Espagne* ; CEDH, 20 mai 1998, *Schöpfer c/ Suisse* ; CEDH, 12 juill. 2001, *Feldek c/ Slovaquie* ; CEDH, 21 mars 2002, *Nikula c/ Finlande* ; CEDH, 28 oct. 2003 ; CEDH, déc., 8 janv. 2004, *A. c/ Finlande* ; CEDH, 20 avr. 2004, *Amihalachioai c/ Moldova* ; CEDH, gr. ch., 15 déc. 2005, *Kyprianou c/ Chypre* ; CEDH, 30 nov. 2006, *Veraart c/ pays-Bas* ; CEDH, 22 mars 2007, *Sialkowska c. Pologne* ; CEDH, 17 juill. 2007, *Ormanni c/ Italie* ; CEDH, 13 déc. 2007, *Foglia c/ Suisse* ; CEDH, déc., 24 janv. 2008, *Coutant c/ France* ; CEDH, 29 mars 2011, *Gouveiva Gomes Fernandes et Freitas e Costa c/ Portugal* ; CEDH, 15 déc. 2011, *Mor c/ France* ; CEDH, 30 oct. 2012, *Karpetas c/ Grèce*. Pour une étude d'ensemble, V. L. François, *La liberté d'expression de l'avocat en droit européen*, Gaz. Pal. 21 juin 2007, n° 172, p. 2.

(10) § 132.

(11) *Ibid.*

(12) V. le § 3 de l'opinion.

(13) § 135.

(14) *Ibid.*

(15) § 137.

(16) *Ibid.*

(17) Sont notamment évoqués les dix principes du Conseil des barreaux européens.

(18) § 134.

(19) § 138.

(20) *Ibid.*

(21) § 139.

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

(24) § 149.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*

(28) § 151.

(29) § 156.

(30) § 161.

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*

(33) Crim., 6 mars 1974, Bull. crim. n° 96 ; dans le même sens, V. par ex. Crim., 21 avr. 1980, Bull. crim. n° 115 ; Crim., 16 mars 2004, Bull. crim. n° 67 ; Crim., 14 févr. 2006, Bull. crim. n° 40 ; Crim., 13 avr. 2010, Bull. crim. n° 70.

(34) C. pén., art. 434-24.

(35) § 162.

(36) § 166.

(37) V. le § 167.

(38) *Ibid.*

(39) § 168.

(40) § 170.

(41) V. Henri Guaino au tribunal pour ses attaques contre le juge Gentil, *Le Monde*, 22 oct. 2014.

(42) V. *ibid.*