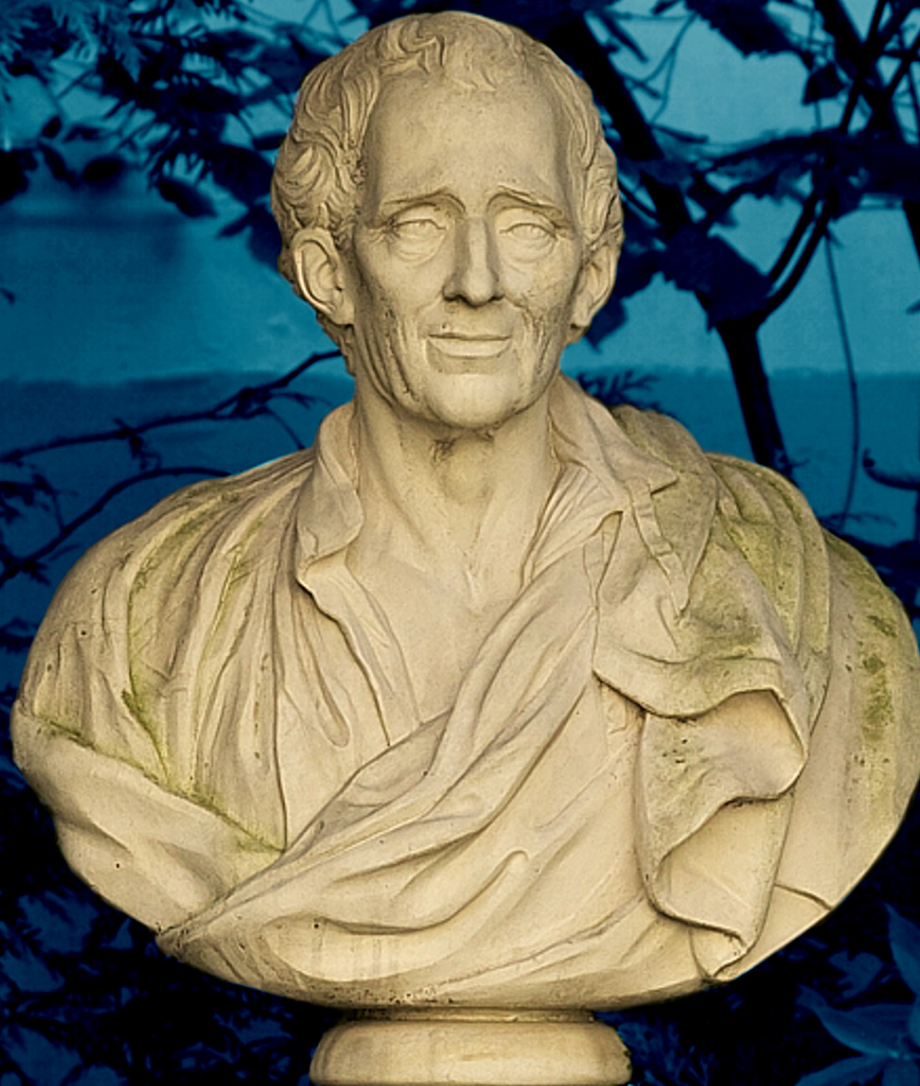


N°4 | Mars 2016

# Montesquieu Law Review

« Le droit de critique de l'avocat en dehors du prétoire ».  
Pr. Charlotte Claverie-Rousset



Programme financé par l'ANR  
n°ANR-10-IDEX-03-02

**FORUM**  
**MONTESQUIEU**  
Faculté de droit et science politique

université  
de **BORDEAUX**

## Le droit de critique de l'avocat en dehors du prétoire

Charlotte Claverie-Rousset, Professeur de droit privé et sciences criminelles, ISCJ, Université de Bordeaux

Qui peut aujourd'hui prétendre ne pas lire ou écouter les critiques sur le fonctionnement de la justice formulées par des avocats sur les marches du palais à l'issue de leur audience ou étant interviewés par des journaux papier ou télévisés ? La médiatisation dont ils font l'objet les incitent parfois à formuler de virulentes critiques envers un magistrat ayant eu à connaître de leur affaire, voire envers toute la juridiction et la décision de justice rendue dans un sens défavorable à leur client. Mais l'avocat a-t-il le droit de tout dire au nom de la liberté d'expression consacrée par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ayant valeur constitutionnelle en droit français et par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? La question est régulièrement posée aux juridictions françaises ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme, lesquelles établissent une distinction fondamentale entre les propos tenus lors de l'audience, et ceux tenus en dehors, les droits français et européen faisant preuve d'une plus grande souplesse concernant les premiers.

En effet, **en premier lieu, dans le cadre du prétoire**, quel qu'il soit (juridiction civile, pénale, ou administrative), l'avocat bénéficie d'une immunité pénale parfois qualifiée d'immunité de robe. L'alinéa 4 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage. Ainsi, ce texte concerne principalement les avocats (mais également les justiciables dans le cadre de leur procès), à qui on accorde une liberté de parole très étendue de façon à leur permettre d'exercer efficacement les droits de la défense (1). Ils peuvent librement, oralement ou dans leurs conclusions écrites, critiquer, diffamer voire outrager sans risquer de condamnation pénale. La seule limite posée par l'article 41 lui-même concerne les propos étrangers à la cause, qui ne seront ainsi pas couverts par l'immunité. Autrement dit, l'avocat qui tient des propos diffamatoires ou outrageants sans aucun lien avec la contestation portée devant le juge pourra faire l'objet de poursuites pénales. C'est le cas notamment lorsque l'avocat tient des propos adressés *ad hominem* et manifestant exclusivement une rancœur personnelle envers un magistrat, sans traduire une volonté de susciter la réflexion sur la bonne marche de la justice. Cette notion de propos étrangers à la cause donne lieu à un lourd contentieux (2), la Cour de cassation en retenant une conception plutôt restrictive, favorisant ainsi la parole du défenseur (3).

Toutefois, cette protection de la liberté d'expression de l'avocat ne s'applique qu'au pénal, et non dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Autrefois, les délits d'audience au sens strict, c'est-à-dire les manquements de l'avocat aux devoirs imposés par son serment (4), étaient sanctionnés immédiatement à l'audience au cours de laquelle ils étaient commis, et cela, par les magistrats offensés (5), ce qui n'était évidemment pas sans poser problème au regard du principe d'impartialité. À la suite de la fameuse affaire Choucq, la règle a été modifiée : depuis la loi du 15 juin 1982, l'avocat n'est plus jugé sur-le-champ mais ultérieurement, et par le conseil régional de discipline en première instance, puis le cas échéant par une juridiction civile du second degré et la



Cour de cassation. Malgré ce changement important, là aussi favorable aux droits de l'avocat, il est de jurisprudence constante que l'immunité de l'article 41 n'est toujours pas applicable à la matière disciplinaire (6). Aussi arrive-t-il souvent qu'un avocat fasse l'objet de poursuites disciplinaires pour manquement à son serment, par exemple lorsqu'il met en cause avec ardeur la compétence professionnelle et l'impartialité d'un juge des libertés et de la détention, le menace de le faire démettre de ses fonctions, et exprime une animosité personnelle envers ce magistrat visant à le discréditer et le déconsidérer. Cet avocat a ainsi fait l'objet d'un avertissement disciplinaire au motif que s'il avait le droit de critiquer le fonctionnement de la justice et le comportement d'un magistrat, il ne pouvait tenir de propos véhéments mettant en cause son éthique professionnelle (7).

Le fait qu'un avocat qui exerce son droit à la liberté d'expression dans l'enceinte juridictionnelle puisse être sanctionné en droit français n'est pas, selon la Cour EDH, en soi contraire à l'article 10, dès lors que cet article ne consacre pas un droit absolu. Toutefois, cette juridiction considère que *« ce n'est donc 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 »* (8) car l'équité implique un échange de vues libre, voire énergique, entre les parties.

**En second lieu, et à l'inverse, en dehors de la salle d'audience ou des conclusions versées au dossier**, l'avocat ne bénéficie pas de la même indulgence. Il ne jouit plus de l'immunité de robe (9) de sorte que sa liberté de parole est loin d'être absolue : il ne saurait donc se laisser emporter par ses convictions et troubler la quiétude de la justice. En pratique pourtant, lorsqu'il s'exprime dans le cadre de conférences de presse, articles, blogs ou par tout autre moyen, il arrive que l'avocat tienne des propos qui s'éloignent de la défense technique du client et ne relèvent plus vraiment de l'exercice des droits de la défense. Parfois, des interviews tournent au lynchage de magistrats par le biais d'attaques personnelles gratuites et sans lien direct avec les faits de l'espèce. Parfois au contraire, les critiques exprimées sont destinées à mettre en exergue des troubles du système judiciaire (10), notamment en présence d'un cas de manquement à l'indépendance ou à l'impartialité du magistrat, l'avocat invoquant alors le droit à l'information du public. Or, la Cour EDH rappelle que du fait de son statut d'auxiliaire de justice, l'avocat a une obligation de contribuer au bon fonctionnement du système judiciaire (11). Ainsi, sur le principe même d'une intervention médiatique de l'avocat, la Cour juge que, la défense de ses clients peut se poursuivre avec une intervention dans un journal télévisé ou 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 procédure (12). Le droit français s'efforce donc de trouver un équilibre entre ces différents enjeux, cantonnant inéluctablement la liberté de parole du défenseur en dehors du prétoire. Ce droit de critique de l'avocat est donc incontestablement restreint (I) mais ces restrictions sont admissibles afin de préserver la sérénité de la justice (II).

## **I. Un droit de critique incontestablement restreint**

L'avocat peut librement exercer son droit de critique mais il sera souvent tiraillé entre sa volonté d'exprimer publiquement ses reproches afin d'informer le public et le risque de poursuites disciplinaires (A) et pénales (B).

## A. Le risque de poursuites disciplinaires

La plupart des poursuites disciplinaires sont exercées à la suite de propos critiques tenus *dans le cadre de l'audience* puisque l'avocat ne bénéficie pas d'immunité. Mais il arrive aussi l'avocat fasse l'objet d'une procédure disciplinaire pour des propos tenus *hors du prétoire*, et potentiellement en parallèle d'une procédure pénale. Là encore, l'avocat est tenu par son serment à un devoir de modération, de délicatesse et de courtoisie, ce qui est incompatible avec des propos trop virulents ou accusateurs. Par exemple, un avocat a été condamné à un avertissement pour avoir tenu, auprès du journaliste d'une station de radio, des propos présentant une connotation raciale jetant l'opprobre sur les jurés et la suspicion sur leur probité : il avait critiqué le jugement d'acquiescement d'un gendarme ayant tué un mineur appartenant à une minorité ethnique, jugement rendu par un jury « *exclusivement blanc* » (13).

Un avocat a également fait l'objet de poursuites disciplinaires pour avoir qualifié l'avocat général en charge de son affaire criminelle de « *traître génétique* » en référence au passé de collaborateur du père de celui-ci, condamné à la Libération. Rejetant l'excuse de provocation pourtant retenue par la Cour d'appel, la Cour de cassation estime que « *si l'avocat a le droit de critiquer le fonctionnement de la justice ou le comportement de tel ou tel magistrat, sa liberté d'expression, qui n'est pas absolue car sujette à des restrictions qu'impliquent, notamment, la protection de la réputation ou des droits d'autrui et la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, ne s'étend pas aux propos violents qui, exprimant une animosité dirigée personnellement contre le magistrat concerné, mis en cause dans son intégrité morale, et non une contestation des prises de position critiquables de ce dernier, constituent un manquement au principe essentiel de délicatesse qui s'impose à l'avocat en toutes circonstances* » (14).

Ainsi, la Cour de cassation considère qu'il y a abus de la liberté d'expression lorsque le propos manifeste exclusivement une malveillance personnelle, sans traduire une idée, une opinion ou une information susceptible d'alimenter une réflexion ou un débat d'intérêt général (15).

L'avocat qui abuse de son droit de critique s'expose ainsi à des sanctions disciplinaires liées à l'exercice de sa profession ; mais ce n'est pas tout car il prend également le risque de poursuites pénales comme n'importe quel citoyen.

## B. Le risque de poursuites pénales

Lorsque l'avocat émet des critiques en dehors du prétoire, il est susceptible d'avoir commis une infraction pénale, mais la qualification applicable varie selon le destinataire des propos litigieux (16) : s'il vise le magistrat, il se rend potentiellement coupable d'outrage, de diffamation ou d'injure (1.), tandis que s'il vise l'institution judiciaire, on peut lui reprocher d'avoir cherché à jeter le discrédit sur une décision juridictionnelle (2.).

### 1. Les qualifications applicables en cas de critique du magistrat

Lorsque c'est un magistrat qui est visé par la critique, l'avocat peut théoriquement être poursuivi pour outrage, diffamation ou injure.

**S'agissant premièrement de l'outrage**, il est incriminé par deux textes différents : d'un côté l'article 433-5 du Code pénal, et de l'autre l'article 434-24 du même Code. Dans les deux cas, il s'agit de paroles, gestes, menaces, écrits ou images de toute nature non rendus publics, ou d'objets quelconques tendant à porter atteinte à la dignité du destinataire ou au respect dû à la

fonction dont il est investi. La différence entre les deux textes tient à la qualité du destinataire : alors que l'article 433-5 vise largement « *une personne chargée d'une mission de service public* », l'article 434-24 vise spécifiquement « *un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle* ». Ainsi, en présence d'un texte spécial applicable au magistrat (l'article 434-24), il convient de le faire prévaloir sur le texte plus général de l'article 433-5. Les peines sont d'ailleurs plus sévères pour l'outrage à magistrat, à savoir un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende.

Concernant l'élément matériel de l'outrage, il faut d'abord que l'avocat ait utilisé un des moyens incriminés par le texte c'est-à-dire des paroles, des gestes, des menaces, des écrits ou images de toute nature non rendus publics, ou des objets quelconques. En pratique, la critique se matérialisera le plus souvent par des paroles ou des écrits. L'outrage par image est également concevable si l'on imagine un avocat adressant au magistrat une caricature ou une représentation de scène déshonorante dans laquelle il peut être identifié. En outre, de par sa formulation, l'article 434-24 semble opérer une distinction entre d'une part les paroles, gestes, menaces et envoi objets, et d'autre part, les écrits ou images. En effet, les premiers seraient incriminés indépendamment de leur réalisation en public ou non, tandis que les seconds n'entreraient dans le champ d'application du texte que s'ils n'ont pas été rendus publics. De sorte que si les écrits ou images outrageants font l'objet d'une publicité, ils ne tombent plus sous le coup du Code pénal mais relèveraient de la loi du 29 juillet 1881. La jurisprudence n'applique cependant pas cette distinction, retenant l'article 434-24 même en cas d'écrits rendus publics (17).

Ensuite, le moyen d'expression utilisé doit outrager le magistrat, c'est-à-dire diminuer son autorité morale et le respect dû à sa fonction, ce qui lui est d'autant plus préjudiciable que son devoir de réserve lui interdit de répliquer. Ainsi, c'est plus la fonction qui est protégée que la personne qui l'exerce ; c'est bien la raison pour laquelle l'article 434-24 vise l'outrage adressé au magistrat dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice. La critique formulée au magistrat doit donc tenir à la façon dont il exerce sa profession. C'est le cas lorsqu'un avocat reproche à un magistrat de ne pas avoir respecté la parole donnée et ainsi d'avoir manqué à son devoir d'honneur, de vertu, ou de bonne éducation (18). Il en va de même lorsque l'avocat déplore l'hypocrisie du magistrat du parquet, ainsi que son refus de tout débat contradictoire, et lui impute de créer un trouble social plus grave que le travail clandestin (19). L'atteinte à l'autorité morale du magistrat est également constituée lorsque le magistrat est accusé de salir la magistrature et de prendre des décisions politiques (20).

Enfin, il faut que le magistrat ait connaissance des paroles ou écrits offensants. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il en ait une perception immédiate et directe. En effet, une confrontation physique entre les deux protagonistes n'est pas requise puisque l'outrage indirect est admis : le propos outrageant (oral ou écrit) peut avoir été tenu hors la présence du magistrat si son auteur savait que les témoins allaient lui rapporter les propos. Ainsi, il y aura outrage lorsque les propos sont effectivement parvenus à la connaissance du magistrat par l'intermédiaire d'un tiers appelé rapporteur nécessaire. C'est par exemple l'hypothèse dans laquelle un avocat fait part de son mécontentement à son bâtonnier à propos d'un magistrat, à la suite de quoi le bâtonnier adresse une lettre au président de la juridiction concernée, lequel transmet la lettre ou sa teneur au magistrat critiqué (21). Il peut également s'agir du cas dans lequel l'avocat s'adresse à un magistrat collègue du destinataire des propos (22).

S'agissant de l'élément moral, l'outrage est une infraction intentionnelle. L'intention requise consiste pour l'auteur à vouloir porter atteinte à la dignité du destinataire ou de sa fonction en sachant que ses propos vont parvenir à sa connaissance.

C'est à propos de l'outrage indirect que la caractérisation de l'intention suscite le plus de difficultés. En effet, dans ce cas, il faut établir la preuve que l'auteur de l'outrage avait la volonté que les propos soient rapportés à la personne critiquée. En pratique, cette preuve se déduira de la relation professionnelle existant entre le rapporteur et le magistrat victime, notamment une subordination hiérarchique (23). Par exemple, lorsque les propos outrageants émis par un bâtonnier transitent par le président de la juridiction, la jurisprudence estime que, de par sa tâche administrative découlant de sa fonction hiérarchique, le président devait communiquer au magistrat concerné la lettre, du moins sa teneur, puisqu'elle jetait l'opprobre sur l'honneur professionnel de ce dernier (24). La Cour de cassation opère un contrôle assez strict de cette condition, rappelant avec vigueur que *« ne peut être qualifié de rapporteur nécessaire que celui dont le prévenu savait que par ses liens avec la personne outragée il lui rapporterait l'outrage »*, ce qui n'est pas nécessairement le cas entre un gendarme et une magistrate présidente de l'instruction, quoi qu'ait pu en dire la Cour d'appel qui avait retenu un tel lien judiciaire sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale (25). En l'espèce, un avocat avait proféré à haute voix, en présence d'un gendarme, des propos outrageants à l'encontre de la magistrate, en l'occurrence « grosse connasse ». En revanche, lorsque les propos outrageants sont adressés à un greffier, la jurisprudence estime que son auteur savait nécessairement qu'ils allaient être rapportés au magistrat visé (26); il en va de même lorsque les propos sont émis auprès du Garde des Sceaux car ils vont fatalement être transmis au magistrat concerné, fût-ce par l'intermédiaire du procureur général (27).

**S'agissant deuxièmement de la diffamation**, elle est définie par les articles 29 et 30 de la loi du 29 juillet 1881 comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération. **L'injure** est quant à elle incriminée aux articles 29 et 33 de la même loi comme toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. Lorsque des propos offensants sont proférés publiquement envers un magistrat, on se trouve en présence d'un conflit de textes car ce même fait peut à la fois constituer un outrage et une injure ou une diffamation. La chambre criminelle de la Cour de cassation a réglé ce conflit de qualifications en considérant que *« toute expression injurieuse ou diffamatoire, lorsqu'elle s'adresse à un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice, est qualifiée d'outrage par l'article 434-24 du Code pénal et, même lorsqu'elle a été proférée publiquement, entre dans les prévisions de ce texte »* (28). Ainsi, la Cour de cassation privilégie les qualifications du Code pénal (29), rejetant ainsi tout le régime dérogatoire de droit commun lié à l'application de la loi de 1881.

## 2. Les qualifications applicables en cas de critique d'une décision

Lorsque ce ne n'est pas le magistrat qui est visé par la critique de l'avocat, mais la décision de justice, celui-ci s'expose à des poursuites sur le fondement de l'article 434-25 du Code pénal qui incrimine 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 ; il encourt alors six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.



D'abord il convient de remarquer qu'il s'agit d'une infraction formelle dès lors qu'il n'est pas nécessaire que la décision de justice soit effectivement discréditée (il serait d'ailleurs délicat de prouver une telle atteinte) ; le simple fait d'essayer de la discréditer suffit à caractériser l'acte incriminé. Plus précisément cela consiste à chercher à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance. Contrairement à l'outrage qui vise un magistrat en particulier, il s'agit ici d'une atteinte à la sérénité de la justice, ce qui en fait une infraction d'intérêt général : cela explique que l'un des magistrats ayant rendu la décision critiquée ne puisse pas se constituer partie civile (30). En outre, reprenant à son compte la jurisprudence antérieure rendue sous l'empire de l'article 226 de l'ancien Code pénal, l'article 434-25 précise que cette qualification ne s'applique pas aux commentaires techniques ni aux actes, paroles, écrits ou images de toute nature tendant à la réformation, la cassation ou la révision d'une décision. Là encore, tout est question de modération : un commentaire technique négatif sur le sens ou la motivation d'un jugement est admis, alors qu'une critique virulente mettant en cause le respect des principes d'un Etat de droit par la juridiction dépasse le droit de critique normalement autorisé.

Ce délit intentionnel sera alors constitué lorsqu'une personne qualifie la décision d'un juge de « *chef d'œuvre d'incohérence, d'extravagance et d'abus de droit* » (31) ou bien évoque « *des juges sans jugeote qui devraient réfléchir avant de prendre des décisions à tort et à travers* » (32). C'est aussi le cas de l'avocat qui, commentant le verdict d'une Cour d'assises, a accusé clairement le jury de s'être adonné à des considérations relevant du racisme (33). Ou encore celui de l'avocat qui, à la suite d'un refus d'informer du juge d'instruction, prétendait faire face à un déni de justice, et faisait allusion à une citation de Voltaire pour « *décrire les juges qui n'admettaient ni le conflit, ni la critique : les bœufs-tigres, bêtes comme des bœufs, féroces comme des tigres* ». Dans cette dernière affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation, approuvant la condamnation retenue par la Cour d'appel, a estimé qu'en mettant en cause en termes outranciers l'impartialité des juges ayant rendu la décision critiquée et en présentant leur attitude comme une manifestation de l'injustice judiciaire, leur auteur, excédant les limites de la libre critique permise aux citoyens, a voulu atteindre dans son autorité, par-delà les magistrats concernés, la justice, considérée comme une institution fondamentale de l'Etat (34).

Finalement, sur le plan pénal, l'avocat est traité comme n'importe quelle personne : aucune infraction spécifique ne s'applique à lui, et la jurisprudence ne semble pas le traiter différemment d'un citoyen quelconque qui commettrait un outrage. Pour autant, le risque de sanctions pénales et disciplinaires est réel, ce qui restreint corrélativement le droit de critique de l'avocat. Malgré tout, il faut reconnaître que ces restrictions sont admissibles pour assurer la sérénité de la justice.

## **II. Des restrictions pourtant admissibles pour assurer la sérénité de la justice**

Se fondant sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation admet volontiers que toute personne a droit à la liberté d'expression et que le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures pénales ainsi qu'au fonctionnement de la justice (35). Elle précise toutefois que, conformément à ce texte, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, dans une société démocratique, à la protection de la dignité du magistrat ou au respect dû à la fonction dont il est investi. Ce sont donc ces intérêts antagonistes qu'elle tache de ménager. Elle rejoint en cela la Cour EDH, souvent confrontée à cette question des restrictions apportées à la liberté d'expression de l'avocat. Dans chaque affaire qui lui est soumise, pour déterminer s'il y a ou non violation de l'article 10, la Cour EDH se réfère aux critères relatifs à l'existence de l'ingérence de l'Etat dans le

droit à la liberté d'expression, à sa prévisibilité légale, à sa nécessité dans une société démocratique pour répondre à un besoin social impérieux et, enfin, aux circonstances spécifiques de l'espèce. Ainsi, la limitation du droit de critique de l'avocat est admissible parce que d'une part, elle est nécessaire afin de garantir l'autorité de justice (A), et que d'autre part, cette restriction est proportionnée par rapport à ce but (B).

#### A. Des restrictions justifiées par la nécessité de garantir l'autorité de la justice

L'article 10 de la Convention précise qu'une immixtion étatique dans le droit à la liberté d'expression peut raisonnablement passer pour nécessaire dans une société démocratique lorsqu'elle a pour objet de protéger la réputation ou les droits d'autrui, d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Il faut donc concilier différents enjeux : chaque Etat doit réprimer les critiques de l'avocat portant atteinte aux impératifs d'une bonne administration de la justice et de dignité de la profession de magistrat, tout en leur permettant d'exercer leur droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice (36) et leur mission de défendre leur client même en dehors du prétoire (37).

De ce fait, certaines restrictions au droit de critique de l'avocat prévues par le droit français ne sont pas considérées par la Cour européenne comme étant légitimes. Elle en a par exemple jugé ainsi au sujet d'une avocate, poursuivie pour violation du secret de l'instruction et du secret professionnel, pour avoir divulgué dans la presse des informations et commentaires sur un rapport d'expertise remis à un juge d'instruction dans le cadre d'une information judiciaire ouverte pour homicide involontaire mettant en cause les maladies provoquées par le vaccin, documents par lesquels elle faisait notamment état de pressions exercées sur l'expert. Eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour estime qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre la nécessité de protéger le droit de l'avocate au respect de sa liberté d'expression et celle de préserver le secret de l'instruction, les droits des personnes mises en cause, et de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (38).

En outre, les ingérences étatiques dans la liberté de parole de l'avocat ne sont pas non plus justifiées lorsque les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire relèvent d'un sujet d'intérêt général, et ce, même si le procès est toujours en cours (39). Cette question du débat d'intérêt général peut notamment être illustrée par l'affaire Morice contre France. Sans rentrer dans le détail des faits, dans le cadre de l'affaire Borrel, ce magistrat français tué à Djibouti, l'avocat de la veuve avait dénoncé la connivence entre le procureur djiboutien et les deux juges d'instruction français, accusant les magistrats instructeurs de comportements contraire aux règles d'impartialité et de loyauté. Maître Morice fut condamné par les juridictions françaises pour complicité de diffamation publique envers un fonctionnaire public (40) à une amende de 4000 euros. La Grande chambre de la Cour EDH, infirmant partiellement l'arrêt de chambre rendu en 2013, retient en 2015 une violation du droit à liberté d'expression de l'avocat. La Cour européenne estime que le public a un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur les procédures en matières pénales et que les propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire concernent un sujet d'intérêt général (41). Cette même juridiction avait d'ailleurs déjà été saisie à deux reprises de griefs en lien avec l'affaire Borrel et le droit au respect à la liberté d'expression concernant des propos sur le déroulement de l'instruction, concluant à chaque fois à l'existence d'un débat public d'intérêt général (42). Malgré cela, force est de constater que la question de savoir si le droit de critique de l'avocat a été restreint de manière légitime ou pas relève



indubitablement d'une appréciation au cas par cas. En effet, même si le droit français prévoit abstraitement des qualifications disciplinaires et pénales, l'effectivité du droit de critique ne sera pas la même selon les propos tenus et selon la manière dont l'avocat aura été jugé. La restriction doit donc être *de facto* proportionnée au but poursuivi.

## B. Des restrictions proportionnées au but poursuivi

Le système français nous semble globalement satisfaisant dès lors que, finalement, ces restrictions restent dans une mesure raisonnable, c'est-à-dire qu'elles sont proportionnées par rapport à l'objectif recherché. Ce raisonnement en termes de proportionnalité est d'ailleurs adopté par la Cour EDH qui vérifie que la sanction infligée n'est pas disproportionnée par rapport à la nécessité de garantir la sérénité de la justice. Autrement dit, les juges européens prennent en compte la gravité de la sanction qui peut être appliquée à l'avocat. De manière générale, ils estiment que le fait d'être déclaré coupable d'avoir commis un délit et d'avoir été condamné au paiement d'une amende pénale confère en soi aux mesures prises un degré élevé de gravité (43). Toutefois les Etats disposent d'une marge d'appréciation, et lorsque la peine infligée à l'avocat est modique, la Cour EDH ne retient en général pas une violation du droit à la liberté d'expression sur le fondement de l'article 10, considérant que les autorités nationales n'ont pas outrepassé cette marge d'appréciation (44).

S'agissant du droit français, bien que l'avocat qui abuse de son droit de critique prend le risque de poursuites pénales et/ou disciplinaires, il faut tout de même remarquer que les sanctions auxquelles il s'expose sont relativement faibles. Pour les sanctions pénales, il encourt au plus un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende pour l'outrage commis en dehors de l'audience. En matière disciplinaire, il encourt théoriquement un avertissement, un blâme, une interdiction temporaire ou une radiation (45), mais pour des manquements au devoir de modération ou délicatesse, il est extrêmement rare qu'une sanction plus grave que l'avertissement soit prononcée. Ces sanctions ne sont pas très élevées de sorte qu'elles n'apportent pas une trop grande restriction du droit de critique.

La proportionnalité de ces restrictions passe également par le fait que les propos ne sont pas considérés comme abusifs s'ils relèvent de « la critique admissible », laquelle doit être appréciée en fonction de son auteur, de son contenu, et du contexte médiatique dans lequel elle intervient. Ainsi, les magistrats peuvent faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles, lesquelles sont plus larges qu'à l'égard de simple particuliers (46). En outre, lorsque l'avocat s'exprime dans la presse pour critiquer une décision de justice ou un magistrat sur un ton acerbe, voire sarcastique, le propos n'est pas injurieux et doit donc être considéré comme relevant de la critique admissible, auquel cas si les juridictions nationales l'ont condamné, le Cour relèvera une violation du droit à la liberté d'expression (47), même en cas de sanction modique (48). La seule limite concerne des attaques gravement préjudiciables aux magistrats puisqu'il ne faut pas oublier qu'ils appartiennent aux institutions fondamentales de l'Etat.

Enfin, les avocats ne peuvent tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans solide base factuelle (49) ; *a contrario* cela signifie que l'avocat qui disposerait d'éléments factuels de nature à étayer ses griefs pourrait exprimer des critiques plus cinglantes. L'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH révèle en effet que celle-ci est plus encline à constater une violation du droit à la liberté d'expression lorsque les accusations formulées à l'encontre du magistrat ou du système judiciaire sont corroborées par des éléments de fait indéniables, même

s'il ne s'agit pas de preuves au sens strict. Aussi, lorsqu'une juridiction nationale condamne pénalement ou disciplinairement un avocat pour avoir exercé son droit de critique alors que les reproches reposent sur des faits avérés ou du moins plausibles, la Cour a tendance à conclure à une violation de la liberté d'expression (50). Cela a par exemple été le cas dans l'affaire *Morice c/ France*, dans laquelle la violation de l'article 10 a été retenue, entre autres, parce qu'il y avait une base factuelle suffisante pour établir la véracité des accusations formulées par Maître Morice (51). A l'inverse, aucune violation du droit à la liberté d'expression n'a été reconnue pour le cas d'un avocat grec qui avait accusé de corruption un procureur et un juge d'instruction devant la presse, la Cour ayant estimé en l'espèce que faute de base factuelle suffisante, ce jugement de valeur pouvait se révéler excessif (52). La juridiction de Strasbourg semble donc créer une sorte d'*exceptio veritatis*, qui permettrait à l'avocat de critiquer plus virulemment un magistrat ou la justice en général lorsqu'il peut « prouver » les dysfonctionnements qu'il avance. Toutefois, ce fait justificatif n'est pas pleinement applicable en droit français dès lors qu'il ne vaut en principe que pour la diffamation (53), qui n'est quasiment jamais retenue à l'encontre de l'avocat exerçant son droit de critique en dehors de l'audience.

En conclusion, si l'avocat a, comme tout citoyen, le droit à la liberté d'expression, son droit de critique en dehors du prétoire est également limité parce qu'en tant qu'auxiliaire de justice, il ne saurait saper l'autorité de celle-ci. Il a certes un devoir d'informer le public sur les éventuels dysfonctionnements de la justice mais doit l'accomplir modérément, au risque d'encourir des sanctions pénales et disciplinaires. Lesdites sanctions sont cependant en réalité assez faibles, de sorte que la restriction de sa liberté de parole est minime. Il faut bien admettre que l'effet dissuasif escompté est quasiment nul et n'empêchera presque jamais l'avocat d'exprimer sa vindicte hors de la salle d'audience.

#### Notes :

- (1) Les droits de la défense résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (Cons. const. 20 janvier 1981, n°80-127 DC, §52).
- (2) Par ex. Cass. crim. 8 sept. 2015, pourvoi n°14-84380
- (3) Par ex. Cass. crim. 8 juin 1999, n° 96-82519 ; 11 octobre 2005, n°05-80545
- (4) Selon l'art. 3 de la loi du 31 déc. 1971, « Les avocats prêtent serment en ces termes : "Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité". » En outre, l'art. 3 du décret du 12 juillet 2005 énonce que l'avocat doit respecter les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.
- (5) Article 25 (ancien) de la loi du 31 déc. 1971
- (6) Par ex. Cass. 1ère civ. 16 déc. 2003, n°03-13353 ; 14 oct. 2010, n°09-16495 ; 10 sept. 2015, n° 14-24208
- (7) Cass. 1ère civ. , 10 sept.2015, n° 14-24208
- (8) CEDH 21 mars 2002 *Nikula c/ Finlande*, n°31611/96, §55 ; 13 déc. 2007, *Foglià c/ Suisse*, n°35865/04 ; 11 févr. 2010, *Alfantakis c/ Grèce*, n°49330/07
- (9) Par ex. Cass. 1ère civ. 5 avril 2012, n°11-11044
- (10) V. par ex. au sujet de la police Cass. crim. 3 décembre 2002, n°01-85466 et CEDH 24 janv. 2008, *Coutant c/ France*, n°17155/03
- (11) CEDH 20 mai 1998, *Schöpfer c/ Suisse* §§ 29-30 ; 20 avr. 2004 *Amihalachioaie c/ Moldavie*, n° 60115/00, § 27 ; 28 juil. 2008, *André et autres c/ France*, n°18603/03, § 42
- (12) CEDH 15 déc. 2011, *Mor c/ France*, n° 28198/09, §59

- (13) Cass. 1ère civ. 5 avril 2012, n°11-11044
- (14) Cass. 1ère civ. 4 mai 2012, n°11-30193
- (15) Cass. 1ère civ. 28 mars 2008, n°05-18598
- (16) Indépendamment du destinataire des propos, il peut également être poursuivi pour violation du secret professionnel (art. 226-13 Code pénal) et du secret de l'instruction (art. 11 Code de procédure pénale)
- (17) Voir *infra*, note n°28
- (18) Cass. crim. 22 juin 1999, n°97-84446
- (19) Cass. crim. 10 juin 1997, n°96-81648 (l'avocat ayant été définitivement relaxé au pénal, il s'agit d'une faute civile d'outrage à magistrat).
- (20) Cass. crim. 3 janv. 2012, n°11-81011
- (21) Cass. crim. 22 juin 1999, n°97-84446
- (22) Cass. crim. 10 juin 1997, n°96-81648
- (23) A propos de l'art. 433-5, voir Cass. crim. 3 octobre 2001, n°01-80157
- (24) T. corr. Bordeaux, 14 oct. 1996: Gaz. Pal. 1996. 2. 626, note A. Damien
- (25) Cass. crim. 26 oct. 2010, n°09-88460
- (26) Cass. crim. 28 janv. 2014, n°12-84425
- (27) Cass. crim. 30 janv. 2001, n°00-83890
- (28) Cass. crim. 19 avr. 2000, n°99-84886 ; 1er avril 2009, n°08-86338 ; 29 mars 2011, n°10-87254 (voir aussi Cass. crim. 25 nov. 2014, n°13-88268 à propos de l'article 433-5). La solution était la même sous l'empire de l'ancien Code pénal, sur le fondement de l'article 222 : Cass. crim. 16 oct. 1956 : Bull. crim. n°638 ; 13 févr. 1975: Bull. crim. n°54 ; 24 janv. 1991: n°87-90214 ; 17 juin 1991 : n°90-84144
- (29) Sauf, à notre connaissance, dans deux arrêts isolés rendus au sujet de l'article 433-5 : Cass. crim. 7 déc. 2004, n° 04-81162 ; et de manière beaucoup moins explicite Cass. crim. 4 déc. 2001, n°00-88094
- (30) Cass. crim. 13 sept. 2005, n°04-87258 ; 21 nov. 2007, n°07-82322 ; 24 sept. 2008, n°08-82926
- (31) Cass. crim. 27 févr. 1964, n°62-93570
- (32) Cass. crim. 11 févr. 1965, n°64-91485
- (33) CA Grenoble, 11 oct. 1995 : Dr. pénal 1996. 79, obs. Véron.
- (34) Cass. crim. 11 mars 1997, n°96-82283
- (35) Cass. crim. 3 janvier 2012, n°11-81011 à propos d'un outrage à magistrat commis par un particulier
- (36) Par ex. CEDH *Amihalachioaie c/ Moldavie*, préc, §28 ; 11 février 2010, *Alfantakis c/ Grèce*, n°49330/07, §27
- (37) Ainsi, la Cour EDH a jugé que le besoin social impérieux de porter atteinte à la liberté de parole de l'avocat n'est pas présent lorsque la critique ironique fait, non pas ressortir l'intention de l'avocat porter directement atteinte à la personnalité du procureur, mais montre au contraire sa volonté de défendre publiquement les thèses de son client dans une affaire ayant attisé l'intérêt public (CEDH *Alfantakis c/ Grèce*, préc, §33).
- (38) CEDH 15 déc. 2011, *Mor c/ France*, n° 28198/09, §63
- (39) CEDH 15 juill. 2010, *Roland Dumas c/ France*, n°34875/07, §43
- (40) L'auteur de la diffamation étant le directeur de publication du journal ayant publié les faits, conformément à la loi de 1881
- (41) CEDH gde ch. 23 avril 2015, *Morice c/ France* n°29369/10, §152



- (42) CEDH 10 janv. 2002, *Floquet et Esménard c/ France*, n°29064/08 ; 14 févr. 2008, *July et SARL Libération c/ France*, n°20893/03
- (43) CEDH 30 mars 2004, *Radio France et autres c/ France*, n°53984/00, § 40
- (44) Par ex. CEDH *Schöpfer c/ Suisse*, préc ; 30 juin 2015, *Peruzzi c/ Italie*, req. n°39294/09, §66
- (45) Art. 184 du décret du 27 nov. 1991
- (46) CEDH *Morice c/ France*, préc, §131
- (47) Par ex. CEDH, *Alfantakis c/ Grèce*, préc ; 29 mars 2011, *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas E Costa c/ Portugal*, n°1529/08 ;
- (48) CEDH *Amihalachioaie c/ Moldavie*, préc
- (49) CEDH 30 octobre 2012, *Karpetas C/ Grèce* n°6086/10, § 78
- (50) CEDH *July et SARL Libération c/ France*, préc
- (51) CEDH *Morice c/ France*, préc, §158
- (52) CEDH 30 octobre 2012, *Karpetas c/ Grèce*, n°6086/10
- (53) Art. 35 de la loi du 29 juill. 1881

