

XIX

ARTICLE 19

CAMPAGNE MONDIALE POUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

L'ABC DE LA DIFFAMATION

Une brève introduction
aux concepts de base des
lois sur la diffamation



NOVEMBRE 2006

INSTRUMENTS DE CAMPAGNE SUR LA DIFFAMATION

ARTICLE 19, 6-8 Amwell Street, London EC1R 1UQ, United Kingdom
Tel +44 20 7278 9292 · Fax +44 20 7278 7660 · info@article19.org · <http://www.article19.org>

ABC de la Diffamation

Une brève introduction aux concepts
de base des lois sur la diffamation



ARTICLE 19

CAMPAGNE MONDIALE POUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

INSTRUMENTS DE CAMPAGNE SUR LA DIFFAMATION

Novembre 2006
© ARTICLE 19
ISBN 978-1-902598-90-1

REMERCIEMENTS

Cet ABC de la Diffamation a été préparé par Daniel Simons, Responsable Juridique, et édité par Toby Mendel, Directeur du Programme Juridique d'ARTICLE 19. Il s'appuie sur de nombreuses publications déjà existantes d'ARTICLE 19 ainsi que sur une expérience intensive de travail avec des organisations partenaires dans de nombreux pays partout dans le monde. L'illustration de la page de garde est de Suzanne van den Akker. La traduction en Français est de Isabelle Stockton.

ARTICLE 19 souhaite remercier le UK Foreign and Commonwealth Office (FCO), qui a fourni la globalité du financement qui a permis le développement et la publication de la série des Instruments de Campagne sur la Diffamation. Les prises de position de ce document ne reflètent pas nécessairement les vues du FCO.

ARTICLE 19 encourage tous commentaires, questions ou suggestions se rapportant à cet ABC de la Diffamation.

ARTICLE 19
6-8 Amwell Street
London EC1R 1UQ
United Kingdom
Tel: +44 20 7278 9292
Fax: +44 20 7278 7660
E-mail: law@article19.org

© ARTICLE 19, London.
ISBN 978-1-902598-90-1

Ce travail est distribué sous la licence 2.5 Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike. Vous avez toute liberté pour copier, distribuer et divulguer ce travail et vous pouvez vous en servir pour en tirer d'autres travaux dérivés, à condition de : 1) reconnaître ARTICLE 19 comme en étant la source ; 2) de ne pas l'utiliser à des fins commerciales ; 3) ne pas distribuer des travaux dérivés de cet ABC de la Diffamation sous une licence identique à celle-ci. Pour consulter le texte légal de cette licence, veuillez vous rendre sur : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/legalcode>.

ARTICLE 19 vous demande en sus de lui fournir une copie de toute traduction de cet ABC de la Diffamation ou de tout document qui en serait dérivé.

ABC de la Diffamation

1. QUE SONT LES LOIS SUR LA DIFFAMATION?	1
Définir le terme.....	1
Etablir une distinction entre la diffamation et d'autres concepts.....	1
2. LES PROBLEMES CLES DES LOIS SUR LA DIFFAMATION	3
Etouffer le débat sur les institutions publiques.....	3
Protéger des sentiments plutôt que la réputation.....	3
Protéger l'ordre public plutôt que les réputations.....	3
Des mécanismes de défense inadéquats.....	4
3. LES TYPES DE LOIS SUR LA DIFFAMATION	5
Diffamation verbale et écrite.....	5
Réputation face à sentiments.....	5
Diffamation civile face à diffamation pénale.....	6
4. DIFFAMATION ET DROIT DE L'HOMME	8
Un conflit d'intérêt entre deux droits.....	8
Droits de l'homme: principes généraux.....	8
Le droit à la liberté d'expression.....	8
Le droit à la réputation.....	9
Equilibrer les deux droits: le test en trois parties.....	10
5. DIFFAMATION CRIMINELLE	13
Les risques inhérents à la diffamation criminelle.....	13
La position du droit international face à la diffamation criminelle.....	14
Mesures intermédiaires vers une décriminalisation.....	15
6. DIFFAMATION CIVILE	16
Les éléments clés d'une bonne loi.....	16
Cadre d'application.....	16
Institutions publiques.....	16
L'Etat, ses objets et ses symboles.....	16
Hauts fonctionnaires et politiciens.....	17
Moyens de défense.....	17
La véracité comme moyen de défense.....	17
L'opinion comme moyen de défense.....	18
La bonne foi comme moyen de défense.....	19
Immunité absolue et immunité conditionnelle.....	20
La parole d'autrui.....	20
Publication en toute innocence.....	20
Consentement.....	21
Prescription.....	21
Réparations.....	21

Types de réparations et leur rôle.....	21
Donner la priorité aux réparations alternatives.....	22
Injonctions	22

1. QUE SONT LES LOIS SUR LA DIFFAMATION?

Définir le terme

- De manière générale, le terme de ‘loi sur la diffamation’ est utilisé en référence à toute loi liée à la protection de la réputation ou des sentiments des individus. Tous les pays possèdent des lois sur la diffamation, même si toute une série de termes différents sont utilisés pour les décrire, parmi lesquels diffamation écrite, calomnie, insulte, manque de respect, etc. La forme et le contenu de ces lois diffèrent très largement d’un pays à l’autre. Dans certains endroits, il existe un code spécifique ou ‘code de la diffamation’, mais dans la plupart des pays les articles concernant ce sujet font partie de lois plus générales, comme le code civil ou le code pénal.
- Une **bonne** loi sur la diffamation – c'est-à-dire une loi qui prépare les bases afin d’établir un équilibre adéquat entre la protection de la réputation des individus et la liberté d’expression – pourrait être définie de la manière suivante : une loi sur la diffamation est une loi qui cherche à *protéger les gens contre de fausses déclarations concernant des faits susceptibles de causer un tort à leur réputation*. Cette définition contient quatre éléments. Pour être diffamatoire une déclaration doit :
 - être *fausse* (voir ci-dessous, section consacrée à la défense de la vérité);
 - être de nature *factuelle* (voir, section sur la défense des opinions);
 - causer un *tort*; et
 - ce tort doit affecter *la réputation* de la personne concernée, ce qui à son tour signifie que la déclaration en question doit avoir été lue, entendue ou vue par d’autres (voir ci-dessous, section sur ‘réputation face à sentiments’).

Il existe dans le monde de nombreuses lois sur la diffamation qui ne sont pas conformes à cette définition.

Etablir une distinction entre la diffamation et d’autres concepts

- De nombreux pays possèdent d’autres types de lois qu’il est possible de confondre avec les lois sur la diffamation et qui devraient en être clairement distinguées, même si ce terme de diffamation est compris de manière générale. Parmi celles-ci se trouvent les lois sur le discours haineux, le blasphème et la vie privée.
- Les lois sur le discours haineux sont des lois qui interdisent des déclarations incitant à la discrimination, à l’hostilité ou à la violence envers un groupe partageant une identité, comme une nationalité, une race ou une religion. Dans certains cas, le terme de ‘diffamation envers un groupe’ est utilisé en référence à ce type de lois. Il existe cependant deux différences majeures avec les lois sur la diffamation : premièrement, les lois sur le discours haineux ont pour objectif de protéger la sécurité et l’égalité sociale de groupes vulnérables plutôt que leur réputation ; et deuxièmement, les lois sur le discours haineux protègent des groupes de personnes, identifiées par certaines caractéristiques communes plutôt que des individus ou des personnes légales (comme des entreprises ou des organisations sans but lucratif).

- Les lois sur le blasphème sont des lois qui interdisent le déni de la religion ou les moqueries envers la ou les religions (s). Ici à nouveau, la différence avec la loi sur la diffamation repose sur le fait que les lois sur le blasphème ne cherchent pas à protéger spécifiquement des individus ou même la réputation de la religion, elles cherchent au contraire à protéger la sensibilité des adhérents à cette religion.
- Les lois sur la vie privée sont des lois qui interdisent l'intrusion non autorisée dans la vie privée d'un individu ou la publication non autorisée de détails concernant cette vie privée. Par contraste avec les lois sur la diffamation, les lois sur la vie privée peuvent être utilisées pour empêcher la circulation de faits *véridiques*, comme une photo réelle prise à l'insu des concernés dans un lieu privé. Plus encore, l'effet que ces faits peuvent avoir sur la réputation de la personne concernée n'entre pas en ligne de compte. Le facteur décisif consiste à savoir si le plaignant a pu prouver une intrusion illicite dans sa vie privée. Il est possible dans certaines situations, que les lois sur la vie privée et sur la diffamation se recoupent. Cela peut être le cas, par exemple, si quelqu'un tire des conclusions erronées à partir de photos prises de manière illicite, comme une indication que la personne photographiée entretient une relation avec une autre.

2. LES PROBLEMES CLES DES LOIS SUR LA DIFFAMATION

Bien que les lois sur la diffamation servent sans aucun doute une cause légitime – à savoir la protection de la réputation – dans la pratique, elles constituent souvent une restriction largement injustifiée à la liberté d’expression. Les problèmes les plus fréquents avec les lois sur la diffamation sont qu’elles sont beaucoup trop larges dans leur application, qu’elles ne prévoient pas une défense adéquate et que les sanctions en cas de non respect sont excessives. Dans certains cas, des lois qui utilisent la terminologie de la diffamation ont en réalité des objectifs qui ne sont aucunement liés à la protection de la réputation, et qui créent un climat de confusion destiné à décourager les citoyens d’exercer leur droit d’exprimer librement leurs opinions.

Etouffer le débat sur les institutions publiques

- Certaines lois sur la diffamation cherchent explicitement à décourager le débat sur les institutions officielles en interdisant de manière très large de critiquer le chef de l’Etat, le drapeau ainsi que les symboles et entités publiques, en imposant des sanctions plus importantes lorsqu’une déclaration diffamatoire affecte l’une de ces entités. La simple existence de lois de ce type peut avoir pour effet d’encourager l’autocensure parmi les médias et les citoyens individuels, même lorsqu’elles sont appliquées avec mesure. Dans d’autres cas, des lois mal rédigées peuvent être exploitées par des fonctionnaires et d’autres personnages publics afin de faire taire ceux qui les critiquent et empêcher tout débat sur des questions qui font cependant l’objet d’une préoccupation publique tout à fait légitime.

Protéger des sentiments plutôt que la réputation

- Un autre défaut fréquent consiste à permettre le détournement des lois sur la diffamation pour leur faire protéger les sentiments plutôt que les réputations. Des mots tels que ‘insulte’, ‘affront’ ou ‘calomnie’ peuvent être utilisés dans ce type de lois. Dans la mesure où les sentiments ne se prêtent pas à des définitions et qu’il s’agit plutôt d’émotions subjectives, ces lois peuvent être interprétées de manière très flexible en fonction des besoins des autorités et peuvent même être utilisées pour empêcher les critiques. Bien plus, la nature subjective de ce qui constitue une insulte peut rendre extrêmement difficile toute défense contre une accusation de ce type (voir ci-dessous, section sur ‘réputation face à sentiments’).

Protéger l’ordre public plutôt que les réputations

- Certains Etats disposent de lois qui utilisent la terminologie de la diffamation mais dont le but est en fait, de protéger l’ordre public plutôt que la réputation d’autrui. Une telle confusion entre loi sur l’ordre public et loi sur la diffamation est en partie historique dans la mesure où par le passé, une insulte pouvait mener à des troubles de l’ordre public, comme un duel ou même une guerre. Le problème avec ce type de lois, n’est pas tant le risque d’abus que son potentiel à créer la confusion. ‘Les lois sur la diffamation’ qui sont réellement des lois sur l’ordre public présentent plusieurs défauts :
 - Elles ont tendance à faire double emploi par rapport à d’autres lois sur l’ordre public et entraînent une certaine confusion lorsqu’il s’agit de déterminer les

normes applicables, permettant ainsi l'application de réglementations différentes pour le même acte.

- L'usage qu'elles font de la terminologie de la diffamation peut entraîner certains juges à les appliquer à des cas de diffamation dans lesquels il n'y a aucun aspect d'atteinte à l'ordre public. En conséquence, il est possible que des juges appliquent des sanctions qui, bien qu'appropriées et proportionnées dans un contexte d'atteinte à l'ordre public, sont excessives dans un contexte de diffamation. La menace de sanctions excessives, peut à son tour inciter les individus à s'autocensurer à l'excès.
- La connexion entre diffamation et ordre public peut entraîner les juges à considérer des individus comme responsables de la réaction disproportionnée d'autres personnes à leurs déclarations, plutôt que de les juger pour le contenu réel de leurs déclarations.

C'est pourquoi, même si la protection de l'ordre public peut justifier certaines restrictions à la liberté d'expression, il vaut mieux que cette tâche s'accomplisse par le biais de lois spécifiquement conçues dans ce but plutôt qu'en ayant recours aux lois sur la diffamation.

- Des lois qui utilisent le langage de la diffamation ont parfois encore d'autres objectifs, comme par exemple garantir des relations amicales avec des Etats étrangers ou protéger la sécurité nationale. Les objections par rapport à ce type de législations sont très similaires à celles énoncées plus haut à l'encontre des lois de diffamation qui visent à protéger l'ordre public.

Des mécanismes de défense inadéquats

- De nombreuses lois sur la diffamation ne prévoient pas de mécanismes de défense suffisants, comme par exemple : la déclaration incriminée est une opinion et non pas une allégation factuelle, ou encore, dans ces circonstances précises il était raisonnable de publier cette déclaration. Souvent, les lois sur la diffamation permettent au tribunal de partir du principe que les faits supposés causer un tort à la réputation sont faux, plutôt que de demander au plaignant d'en apporter la preuve.
- Même dans des pays où la loi sur la diffamation est apparemment bien rédigée, que son but réel est bien de protéger la réputation et qu'elle est assortie de mécanismes de défense adéquats, les coûts de défense contre une mise en accusation pour diffamation peuvent encore avoir un impact important sur la liberté d'expression. La menace de compensations démesurées pour dommage ou de sanctions pénales reste un facteur susceptible de décourager la discussion des questions d'intérêt public.

3. LES TYPES DE LOIS SUR LA DIFFAMATION

Diffamation verbale et écrite

- Dans certains pays, la loi opère une distinction entre la diffamation verbale (calomnie) et la diffamation écrite. Parce que le mot imprimé possède une portée beaucoup plus étendue, la diffamation écrite est généralement considérée comme le délit le plus sérieux des deux. Pour la même raison, des déclarations diffamatoires communiquées grâce à des moyens modernes de masse média, comme la radio ou la télévision, sont habituellement classées comme diffamation écrite, même s'il s'agit de paroles prononcées et non pas écrites au sens strict.

Réputation face à sentiments

- Dans le cadre plus large de la législation communément appelée 'lois sur la diffamation', une distinction importante peut être effectuée entre les lois dont l'objectif est réellement de protéger la *réputation*, définie comme l'estime dans laquelle les autres membres de la société tiennent la personne, et celles dont l'objectif est plutôt de prévenir les atteintes envers les *sentiments* d'une personne, sans se préoccuper de savoir si la position sociale de cette personne est susceptible d'en être diminuée
- La différence clé tient dans le fait que les lois qui cherchent à protéger les sentiments, cherchent à protéger quelque chose qui a une valeur purement *subjective*. Il n'y a aucun facteur extérieur permettant de prouver si quelqu'un a réellement été blessé par une remarque – la seule preuve disponible est la déposition de la personne elle-même concernant ses sentiments. Par contre, la réputation est un concept *objectif* : il est possible de prouver le dommage infligé à la réputation de quelqu'un grâce à des facteurs extérieurs. Une compagnie, par exemple, peut prouver que ses profits ont chuté suite à la publication d'une fausse accusation la concernant, ou un individu pourrait démontrer avoir perdu des amis en fournissant des lettres furieuses émanant de ces personnes.
- Les lois qui protègent les sentiments placent le plaignant dans une position de force – tout ce que cette personne doit faire est de persuader le tribunal que la déclaration incriminée l'a offensée et il sera pratiquement impossible pour le défendeur de fournir des preuves du contraire. Inévitablement, des lois de ce type sont fréquemment utilisées par des personnages puissants pour attaquer ceux qui les critiquent. Afin de pouvoir garantir l'existence d'un débat ouvert, essentiel pour qu'il y ait démocratie, de nombreux pays ont abandonné des lois qui cherchaient à protéger les sentiments au profit de véritables lois sur la réputation. Cela ne veut pas dire que les individus n'ont plus la possibilité d'attaquer en justice des déclarations qui les offensent – cependant, les plaignants devront démontrer que la déclaration en cause a bien réduit l'estime que d'autres gens ont d'eux afin d'aboutir.
- Pour savoir si une loi protège les réputations plutôt que les sentiments il est nécessaire de procéder à une analyse concrète du texte et des implications d'une loi donnée. Dans de nombreux cas une interprétation attentive des termes de la loi fournira la réponse, alors que dans d'autres cas il sera nécessaire d'étudier la manière dont la loi est appliquée dans la pratique. La terminologie employée dans les lois nationales varie très largement dans la pratique et déterminer à quel type une loi particulière appartient ne sera pas toujours immédiatement évident. Le terme 'honneur' revient fréquemment dans certaines lois

nationales à la place, ou en supplément, de 'réputation' et 'insulte'. 'Honneur' a souvent une signification ambiguë : ce terme peut se référer à la fois aux sentiments intérieurs d'orgueil de quelqu'un et à la perception qu'a la communauté de cette personne. Dans tous les cas, comme nous l'avons déjà fait remarquer, le véritable caractère d'une loi dépend de la manière dont elle est interprétée et appliquée dans la pratique.

Exemple

L'Article 267 du Code Pénal du Danemark interdit la violation de « l'honneur personnel d'autrui par une conduite ou des mots offensants, ou en proférant ou disséminant des accusations concernant un acte susceptible de déprécier autrui dans l'estime de ses concitoyens. »

Considérée de manière isolée, la deuxième moitié de cette disposition pourrait constituer une véritable loi sur la diffamation, conçue pour protéger la réputation dans la mesure où son objet est de protéger la position des individus au sein de leur communauté. Mais la première partie de la disposition semble aller plus loin en interdisant des actes qui pourraient nuire aux sentiments subjectifs d'autrui – à savoir à cause d'une conduite ou des mots *offensants*.

Diffamation civile face à diffamation pénale

- Dans de nombreux pays, la diffamation est à la fois un dommage civil et un délit criminel. La distinction entre lois civiles et pénales sur la diffamation reflète la division plus large qui existe entre droit civil et droit pénal dans tous les systèmes juridiques élaborés.
- Le droit pénal s'occupe généralement d'actes qui sont supposés nuire aux intérêts du public dans son ensemble, comme l'agression ou le vol. Même si de tels actes peuvent avoir lieu entre deux individus, ils sont considérés comme représentant une menace pour l'ensemble de la société dans la mesure où tout le monde court le risque d'être attaqué ou volé si ce type d'actions n'est pas sanctionné. Les autorités, habituellement, se portent partie civile au nom du public, et utilisent des fonds publics. S'il est reconnu coupable, le défendeur devra compenser la communauté en payant une amende à l'Etat, sera puni d'une peine de prison ou subira d'autres types de sanctions.
- Le droit civil, d'un autre côté, concerne les disputes privées entre individus ou organisations. Il couvre des questions comme les contrats, la propriété, les relations de travail et les disputes familiales, qui sont toutes considérées comme des questions impliquant uniquement les individus concernés. Les personnes concernées par un litige de droit civil peuvent le porter devant un tribunal, mais elles doivent le faire à leurs propres frais. L'objectif du droit civil n'est pas de punir au nom de la société, mais de redresser les torts indûment infligés à la partie offensée. Les tribunaux civils peuvent imposer des compensations mais ne peuvent pas donner d'amendes ou prononcer de peines de prison.
- Le droit pénal et le droit civil ne constituent pas des catégories mutuellement exclusives ; quelque chose qui est interdit par le droit pénal peut également être considéré comme un acte délictueux dans le droit civil, et vice versa. Une agression est habituellement considérée comme un délit criminel mais de nombreux systèmes juridiques prévoient tout de même des recours de droit civil afin de permettre le recouvrement de pertes privées résultant d'une agression, comme des frais médicaux ou un manque à gagner.

- Les lois pénales sur la diffamation sont de plus en plus considérées comme une limitation injustifiable à la liberté d'expression (voir ci-dessous, Section 5) et pour cette raison sont rarement ou jamais appliquées dans la majorité des démocraties actuelles. Depuis quelques années, un certain nombre de pays ont décidé d'abolir formellement leurs codes criminels de diffamation.

4. DIFFAMATION ET DROIT DE L'HOMME

Un conflit d'intérêt entre deux droits

- Les lois sur la diffamation constituent par définition une limitation par rapport à l'un des droits de l'homme protégé par le droit international – le droit à la liberté d'expression – en faveur d'un autre intérêt important, la protection de la réputation. Il n'y a pas de hiérarchie automatique entre ces deux droits mais un équilibre doit être trouvé en accord avec une série de règles clairement définies que nous discutons ci-dessous.

Droits de l'homme: principes généraux

- Les droits de l'homme sont les droits considérés comme étant tellement inhérents à l'égalité de la dignité de tous les êtres humains que tout individu, dans chaque pays du monde, peut les revendiquer face à l'Etat sur le territoire duquel il ou elle se trouve. Historiquement, les droits de l'homme pouvaient être invoqués uniquement face à des Etats, et non pas face à des entreprises privées, des organisations ou des individus. Cependant, il existe maintenant une tendance à reconnaître l'importance d'autres acteurs sociaux puissants et, dans certains cas, il se peut que les Etats se trouvent dans l'obligation de garantir que la jouissance des droits n'est pas entravée par des acteurs privés ; de cette manière, les droits de l'homme offre une protection indirecte face à des acteurs autres que des Etats.
- La déclaration la plus importante des différents droits de l'homme internationalement reconnus se trouve dans la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (DUDH). La DUDH n'est pas un traité contraignant, mais une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, adoptée à l'unanimité en 1948. Un certain nombre de traités sur les droits de l'homme formellement contraignants ont été adoptés pour compléter la DUDH. Le plus important de ces traités dans le cadre de notre objectif présent, est la Convention Internationale relative aux Droits Civils et Politiques (CIDCP), un traité des Nations Unies qui a été ratifié par une grande majorité des Etats du monde (160 au 1^{er} novembre 2006).

Le droit à la liberté d'expression

- La DUDH contient la définition directrice du droit à la liberté d'expression dans son Article 19 :

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression ; ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de rechercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

- La CIDCP définit la liberté d'expression dans des termes tout à fait similaires, dans son Article 19(2):

Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

- La définition internationale de la liberté d'expression comporte cinq éléments principaux:
 - Elle est inhérente à *toute personne* sans distinction de sexe, de race, de nationalité ou de religion. Elle est inhérente aux enfants, aux étrangers, aux minorités et même aux prisonniers.
 - Elle inclut le droit de *rechercher, recevoir et répandre* des informations et des idées. En d'autres termes, elle couvre non seulement le droit de s'exprimer mais aussi le droit d'accès aux déclarations des autres et d'accès aux informations détenues par des entités publiques.
 - Ce droit s'étend aux *informations et aux idées de toute espèce*. Tout fait ou opinion, qu'il est possible de transmettre, est en principe protégé par ce droit, y compris les déclarations qui choquent ou offensent, ou celles qui sont considérées comme fausses, trompeuses ou sans importance. De nombreuses idées qui sont maintenant largement acceptées ont été considérées à une époque comme hérétiques. La liberté d'expression n'aurait pas de sens si elle protégeait uniquement les déclarations qui font l'objet d'une acceptation généralisée.
 - La liberté d'expression est garantie sans considération de frontières. Les individus ont le droit de rechercher, recevoir et répandre des informations en direction et en provenance d'autres pays.
 - Le droit à la liberté d'expression peut être exercé par *quelque moyen que ce soit*. Les individus ont le droit d'utiliser n'importe quelles méthodes pour communiquer leur message, quelles soient modernes ou traditionnelles, y compris les journaux, les magazines, les livres, les pamphlets, la radio, la télévision, l'Internet, l'art et les réunions publiques.

- Les tribunaux internationaux et d'autres entités compétentes ont fait savoir très clairement que la liberté d'expression est un droit positif: autrement dit, les gouvernements doivent non seulement s'abstenir d'interférer de manière injustifiée avec ce droit, mais ils doivent aussi mettre en place des mesures destinées à renforcer la capacité des citoyens à l'exercer.

Le droit à la réputation

- Le droit à la réputation est garanti par l'Article 12 de la DUDH (commun à un certain nombre d'autres droits connexes) :

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

- La disposition correspondante dans la CIDCP est l'Article 17, qui est pratiquement identique, à la seule différence qu'elle interdit uniquement les "d'atteintes *illégales*" contre l'honneur et la réputation. Cette qualification a été insérée comme un garde-fou supplémentaire pour préserver la liberté d'expression et pour donner aux Etats une

certaine latitude leur permettant de décider quelles sortes d'attaques ils veulent qualifier d'illicites.

- L'utilisation du mot 'atteintes' indique clairement que seules sont couvertes les interférences *délibérées et sérieuses* contre l'honneur et la réputation. Au cours des négociations qui ont abouti à l'adoption de la CIDCP, plusieurs Etats ont fait remarquer que des commentaires justes ou des déclarations avérées ne pouvaient en aucun cas constituer des 'attaques'.
- La signification de la distinction entre 'honneur' et 'réputation' faite dans la DUDH et dans la CIDCP n'est pas entièrement claire. Au cours des négociations de la DUDH, certaines délégations se sont opposées au mot 'honneur' en arguant qu'il était trop vague. La même objection a surgit également au cours de la rédaction préliminaire de la CIDCP. Le mot 'honneur' a été retenu dans le texte final parce que, entre autres, certaines délégations considéraient 'la réputation' et 'l'honneur' comme des aspects séparés de la position d'un individu dans la société. Selon cette opinion, 'la réputation' concerne la position professionnelle ou sociale alors que 'l'honneur' concernerait la position morale. Par exemple, accuser quelqu'un à tort d'incompétence serait une attaque contre sa réputation alors qu'une accusation de vol serait une attaque contre son honneur. Il apparaîtrait donc, que tel qu'utilisé dans ces textes, le mot 'honneur' ne soit pas synonyme de sentiments subjectifs, mais plutôt qu'il s'agisse d'un aspect de l'estime objective que la société aurait d'une personne. Tel qu'utilisé dans le présent ABC, le mot 'réputation' recouvre ces deux concepts, il indique la position d'un individu dans la société qu'elle soit morale, sociale ou professionnelle.
- Le droit à la réputation s'applique clairement contre l'Etat : les entités publiques ne doivent pas se rendre coupables d'attaques illicites contre la réputation des citoyens. L'Article 12 de la DUDH et l'Article 17 de la CIDCP demandent en sus aux Etats de garantir par la loi la protection de la 'réputation'. Il est évident que chaque pays devrait avoir une législation qui permette aux citoyens de poursuivre en justice les organismes de l'Etat ou les fonctionnaires qui terniraient leur réputation. Il est moins évident de trancher si le droit à la réputation jouit également d'un aspect positif par lequel les Etats auraient l'obligation d'adopter une législation destinée à protéger la réputation lorsqu'elle est attaquée par une *personne privée*. Dans la pratique, cependant, tous les Etats disposent de ce type de lois dans leur arsenal.

Equilibrer les deux droits: le test en trois parties

- Dans quelle mesure la liberté d'expression peut-elle être restreinte afin de protéger la réputation ? La CIDCP fournit des paramètres clairs à l'intérieur desquels toutes les limitations à la liberté d'expression doivent rester circonscrites :

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

L'Article 19(3) stipule un test en trois parties : premièrement, toute restriction à la liberté d'expression doit être en accord avec une loi ou une réglementation ; deuxièmement, cette restriction légalement sanctionnée doit être destinée à protéger ou à promouvoir un objectif reconnu comme légitime par le droit international ; et troisièmement, la restriction doit être nécessaire à la protection ou à la promotion de cet objectif légitime. Il faut absolument que les trois conditions soient réunies pour qu'une restriction à la liberté d'expression puisse être considérée légitime.

- Constituent des 'restrictions' à la liberté d'expression tous types de formalités, conditions, restrictions ou pénalités imposées par une entité publique à l'exercice de ce droit, quelle qu'en soit la sévérité. Par exemple, une loi qui obligerait les individus reconnus coupables de diffamation à publier une correction est une restriction à la liberté d'expression et ne saurait être légitime que si les conditions du test en trois parties ont été réunies.
- La première partie du test signifie qu'une restriction à la liberté d'expression ne peut être le simple résultat du caprice d'un fonctionnaire public, et qu'elle doit être basée sur une loi ou une réglementation pré-existante. Les exigences néanmoins vont encore au-delà : la législation qui a pour objet de restreindre la liberté d'expression doit également être *claire* et *accessible*, afin de permettre aux citoyens de prévoir les conséquences de leurs actes. Cela signifie que tous les aspects d'une loi sur la diffamation doivent être clairement pré-définis, y compris, le cas échéant, le niveau des compensations qui peuvent être infligées.

Il existe plusieurs raisons à cela. Premièrement, il s'agit d'une question d'équité, les droits des citoyens ne devraient pas être restreints sans que ceux-ci n'aient été avisés à l'avance de ce qui va être interdit. Plus encore, des lois qui ne sont pas suffisamment explicites laissent trop de champs à l'interprétation et peuvent entraîner des abus. De la même manière, des lois vagues ont souvent un 'effet paralysant' : en effet elles créent un climat de doute sur ce qui est, ou n'est pas permis, et encouragent une autocensure qui peut empêcher la discussion légitime de sujets importants.

La deuxième exigence imposée avant de pouvoir restreindre la liberté d'expression est que les restrictions doivent répondre à un objectif légitime. Cette exigence n'est pas illimitée; la liste des objectifs légitimes, fournie par l'Article 19(3) de la CIDCP est une liste exhaustive et les gouvernements n'ont pas la possibilité de l'étendre. Cette liste inclut 'le respect des droits et de la réputation d'autrui', et fournit une base légale on ne peut plus claire pour de *véritables* lois sur la diffamation. Cette liste *n'inclut pas* les sentiments ou l'estime personnelle d'autrui ; les lois qui cherchent à protéger les sentiments ne satisfont donc pas cette partie du test.

- La dernière partie du test proclame qu'une restriction à la liberté d'expression doit être nécessaire à l'aboutissement de son objectif. Cela peut sembler tout à fait évident : si une restriction à un droit n'est pas nécessaire pourquoi l'imposer ? Malgré tout, dans une grande majorité de cas dans lesquels les tribunaux internationaux ont constaté qu'il y avait atteinte indue au droit à la liberté d'expression, la restriction imposée ne pouvait pas être considérée comme nécessaire. Cette exigence de 'nécessité' impose un contrôle strict sur la qualité des lois qui restreignent la liberté d'expression :
 - Premièrement, une restriction à la liberté d'expression doit répondre à une nécessité sociale pressante, pas à une simple question de commodité.

- Deuxièmement, c'est la mesure la moins abusive permettant de remplir la nécessité sociale pressante qu'il faut utiliser par ce qu'une mesure plus abusive n'a pas lieu d'être appliquée si des options moins abusives sont disponibles. Par exemple, fermer un journal pour diffamation est excessif alors que d'autres moyens, comme une obligation de rétractation ou l'imposition d'une compensation modeste seraient suffisants pour garantir la protection de la réputation.
- Troisièmement, la mesure doit porter la plus petite atteinte possible au droit et, en particulier, ne doit affecter que le discours nuisible spécifique. Par exemple, une loi qui interdirait toute attaque contre la réputation ne passerait pas ce test dans la mesure où, entre autres choses, elle interdirait des déclarations, certes critiques, mais dont les faits sont avérés.
- Quatrièmement, l'impact des restrictions doit être proportionné, ce qui veut dire que le dommage causé à la liberté d'expression ne doit pas surpasser le bénéfice de l'intérêt qu'il cherche à protéger. Une restriction qui fournirait une protection limitée à la réputation d'une personne mais causerait un dommage sérieux à la liberté d'expression ne remplirait pas cette norme.
- Finalement, en appliquant ce test, les tribunaux et autres instances devraient prendre en compte l'ensemble des circonstances prévalentes au moment où la restriction est appliquée.

5. DIFFAMATION CRIMINELLE

Les risques inhérents à la diffamation criminelle

- Même si de nombreux pays continuent à interdire la diffamation comme s'il s'agissait d'un délit criminel, il y a une tendance croissante à considérer la diffamation criminelle comme une restriction injustifiée à la liberté d'expression et à l'abolir en faveur de la diffamation civile. Des pays comme la Bosnie-Herzégovine (2002), la Georgie (2004), le Ghana (2001), le Sri Lanka (2002) et l'Ukraine (2001) ont déjà décriminalisé la diffamation, et un certain nombre d'autres pays pensent à le faire. D'autres pays encore ont limité l'impact de leurs lois criminelles sur la diffamation en éliminant, par exemple, l'emprisonnement des peines encourues.
- L'une des principales préoccupations liée à la diffamation criminelle est l'effet paralysant tout à fait sérieux qu'elle exerce sur la liberté d'expression. Les lois criminelles de diffamation peuvent entraîner l'imposition de sanctions très lourdes, comme des peines d'emprisonnement, de fortes amendes ou, dans le cas des journalistes concernés, la suspension de leur droit à exercer leur profession. Même lorsque les peines maximales sont faibles, les effets de la diffamation criminelle peuvent tout de même laisser une empreinte durable : les individus poursuivis risquent d'être arrêtés par la police, de se trouver en détention préventive et d'avoir à subir un jugement devant un tribunal pénal. Même si la cour n'impose qu'une amende minime, il se peut qu'ils conservent un casier judiciaire ainsi que les stigmates sociaux qui s'y rattachent. Dans de nombreux pays, le fait d'infliger des sentences d'emprisonnement avec sursis constitue un problème : l'individu quitte le tribunal en liberté mais il n'en a pas moins été muselé de manière très efficace dans la mesure ou toute autre nouvelle condamnation l'enverrait immédiatement en prison.
- L'effet paralysant des lois criminelles de diffamation est significativement exacerbé par le fait que, dans de nombreux pays, ceux qui portent plainte le plus souvent sont des acteurs sociaux puissants –des membres du gouvernement, des hauts fonctionnaires ou des grands patrons d'entreprises. Ces individus cherchent à se servir de ce type de lois pour se protéger des critiques ou pour éviter la divulgation de faits embarrassants mais néanmoins véridiques.
- Une autre objection à l'encontre des lois criminelles de diffamation réside dans le fait que le but de protection de la réputation des individus peut être assuré tout aussi efficacement par le biais d'une législation civile. L'expérience acquise par les pays qui ont aboli ou qui n'utilisent plus de lois criminelles de diffamation le prouve amplement. Cela soulève donc des doutes sérieux quant à la justification des lois criminelles de diffamation qui, par nature, sont des instruments beaucoup plus autoritaires et comme nous l'avons fait remarquer plus haut, il convient de toujours préférer la restriction efficace la moins pesante.
- Les lois criminelles de diffamation font également l'objet de critiques pour d'autres raisons. Il est possible de soutenir que la diffamation est une question privée, entre deux individus et qu'à ce titre elle ne devrait pas intéresser l'Etat. Bien plus, une condamnation criminelle ne fournira habituellement aucune compensation à la personne diffamée, parce que dans la plupart des systèmes juridiques les amendes aboutissent directement dans les caisses de l'Etat.

La position du droit international face à la diffamation criminelle

- Des entités internationales comme les Nations Unies ont conscience de la menace que constituent les lois criminelles de diffamation et ont recommandé leur abolition.
 - A plusieurs reprises, le Comité des Nations Unies pour les Droits de l'Homme a exprimé sa préoccupation par rapport aux lois criminelles de diffamation et a insisté auprès des Etats pour qu'ils 's'assurent que la diffamation ne soit plus passible d'emprisonnement' (Observations Finales sur l'Italie, 24 avril 2004, paragraphe 19). Le Comité s'est félicité, à chaque fois, de l'abolition d'une loi criminelle de diffamation.
 - Le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la Liberté d'Opinion et d'Expression a déclaré dans son rapport annuel de 1999 que « les sanctions pour diffamation ne devraient pas être suffisamment fortes pour imposer un effet paralysant à la liberté d'opinion et d'expression et au droit de rechercher, recevoir et répandre des informations ; des sanctions pénales, l'emprisonnement en particulier, ne devraient jamais être appliquées. » Dans son rapport des deux années suivantes, le Rapporteur Spécial est allé encore plus loin, appelant les Etats à abroger toutes les lois criminelles de diffamation pour les remplacer par une législation civile.
 - Le Rapporteur Spécial des Nations Unies a également soulevé cette question conjointement avec ses homologues de l'OSCE et de l'OEA. Lors de déclarations conjointes publiées en novembre 1999, novembre 2000 et en décembre 2002, ces trois mandataires spéciaux chargés de la liberté d'expression ont appelé les Etats à abroger leurs lois criminelles de diffamation. La déclaration de 2002 affirmait : « La diffamation criminelle n'est pas une restriction justifiable à la liberté d'expression ; toutes les lois criminelles de diffamation devraient être abolies et remplacées, si nécessaire, par une législation civile appropriée. »
 - En 1996, la Déclaration de Sanaa sponsorisée par l'UNESCO affirmait: « Les disputes impliquant les médias et/ou des professionnels des médias dans l'exercice de leurs profession... devraient tomber sous la juridiction d'un code et de procédures civils et non pas criminels. »
 - La Cour Européenne des Droits de l'Homme a statué à plusieurs reprises que « la position dominante occupée par le Gouvernement l'oblige à exercer de la retenue au moment de recourir à des poursuites criminelles » dans les cas de diffamation. Elle n'a pas entièrement exclu la diffamation criminelle, mais elle a fréquemment affirmé que de telles mesures ne devraient être adoptées que dans les cas où les Etats agissent « dans leur capacité de garants de l'ordre public » et lorsqu'ils ont « l'intention de réagir de manière appropriée et sans excès face à des accusations en diffamation dénuées de fondement ou présentées de mauvaise foi ».
 - La Cour Inter Américaine des Droits de l'Homme a également conclu à une violation du droit à la liberté d'expression dans deux cas majeurs de diffamation criminelle appliquée à des déclarations touchant à des sujets d'intérêt public, excluant ainsi, de manière générale ce type d'application, dans des cas de cet ordre.
 - Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en a appelé à tous les Etats Membres pour leur demander « d'abolir les dispositions d'ordre pénal » dans le

domaine de la diffamation (Déclaration du 3 mai 2006, Journée Mondiale de la Liberté de la Presse).

Mesures intermédiaires vers une décriminalisation

- Bien qu'il y ait une tendance croissante à l'abolition pure et simple des lois criminelles de diffamation, il reste toujours une forte opposition de la part de nombreux pays. Dans les cas où l'abolition n'est pas envisageable pratiquement ou politiquement, un certain nombre de mesures intermédiaires peuvent être prises pour limiter l'impact négatif de la diffamation criminalisée. Parmi ces mesures se trouvent les suivantes :
 - Abolir les sanctions excessives, telles que les condamnations d'emprisonnement, les condamnations d'emprisonnement avec sursis, les amendes très lourdes et les suspensions du droit d'exercer le journalisme ou toute autre profession.
 - Interdire aux fonctionnaires, aux institutions publiques ou à des entités comme le drapeau ou l'Etat d'entreprendre une poursuite en diffamation criminelle.
 - Interdire, dans les cas où des personnes privées ont elles-mêmes la possibilité d'engager des poursuites criminelles, la participation des autorités publiques, y compris de la police et du procureur public, dans l'engagement ou la poursuite d'une accusation criminelle en diffamation.
 - Garantir que nul ne puisse être condamné pour diffamation sans que les plaignants prouvent, de manière indubitable que :
 1. la déclaration en cause est fausse;
 2. l'auteur de la déclaration savait qu'elle était fausse ou a démontré ne faire aucun cas de sa véracité; et
 3. la déclaration a été faite avec l'intention de nuire au plaignant.

6. DIFFAMATION CIVILE

Les éléments clés d'une bonne loi

- Parce qu'elles n'impliquent pas la participation de la machine judiciaire pénale de l'Etat, les lois civiles de diffamation peuvent avoir un impact beaucoup plus léger sur la liberté d'expression que leurs homologues pénaux. Pour que cela soit effectivement le cas, la loi doit être formulée de manière à :
 - se prémunir contre les abus en définissant son cadre d'application aussi étroitement que possible, y compris en définissant qui peut porter plainte ;
 - garantir que les personnes accusées en diffamation ont la possibilité de préparer une défense adéquate ; et
 - prévoir tout un ensemble de réparations suffisamment large pour permettre une réponse proportionnée à la déclaration diffamatoire incriminée.

Cadre d'application

Institutions publiques

- De nombreuses démocraties établies interdisent, purement et simplement et en toutes circonstances, aux institutions publiques (comme les ministères, les agences gouvernementales ou les municipalités) d'engager une poursuite en diffamation, à la fois parce qu'il est important qu'il y ait un débat ouvert sur le fonctionnement de ces institutions et parce qu'elles ne sont pas considérées comme ayant une 'réputation' qui donnerait droit à sa protection. En tant qu'entités abstraites sans motif de profit, les institutions publiques sont dépourvues d'un intérêt émotionnel ou financier justifiant qu'elles cherchent à empêcher une atteinte à leur renom. Bien plus, une attaque en diffamation de la part d'une de ces institutions serait perçue comme un usage déplacé des deniers publics, particulièrement dans la mesure où elles disposent d'amples moyens, non juridiques, pour répondre aux critiques par le biais, par exemple, d'une contre-déclaration publique.
- Toutes les institutions publiques devraient faire face à une interdiction totale d'entreprendre une attaque en diffamation, qu'elles fassent partie de l'appareil législatif, exécutif ou judiciaire du gouvernement, et qu'elles opèrent au niveau national, régional ou local. Certains pays ont même étendu cette interdiction aux entreprises d'Etat et aux partis politiques.

L'Etat, ses objets et ses symboles

- Les lois de diffamation qui cherchent à protéger la 'réputation' de l'Etat ou d'objets, comme des symboles étatiques ou religieux, des drapeaux et insignes nationaux, constituent une restriction particulièrement problématique à la liberté d'expression. Dans la même mesure que les institutions publiques, ces entités abstraites sont dépourvues d'un intérêt émotionnel ou financier à défendre ; leur reconnaître une 'réputation' qui pourrait

être endommagée par une accusation factuelle erronée est pour le moins questionnable. Bien souvent, l'objectif d'une loi de diffamation protégeant ce type d'intérêts abstraits est de prévenir l'expression d'opinions impopulaires, qui comme nous l'avons démontré plus haut, sont protégées par le droit à la liberté d'expression.

Hauts fonctionnaires et politiciens

- Dans de nombreux pays, les lois de diffamation fournissent une protection plus importante à certains hauts fonctionnaires (parmi lesquels le chef d'Etat est souvent inclus) qu'au citoyens ordinaires. Dans certains cas le niveau de critique permis envers ces individus est moins élevé, dans d'autres les peines maximales sont plus élevées ou les fonctionnaires bénéficient d'une assistance spéciale de l'Etat pour engager des poursuites en diffamation. Les cours internationales des droits de l'homme ont cependant, invariablement statué que les hauts fonctionnaires devraient avoir une tolérance plus élevée, et non pas moins élevée, face aux critiques que les citoyens ordinaires. En choisissant une profession impliquant des responsabilités envers le public, les hauts fonctionnaires se placent, en connaissance de cause, dans une situation où leurs paroles et leurs actes feront l'objet de l'attention des médias et du public en général. Bien plus, un débat vigoureux sur les agissements des fonctionnaires et du gouvernement est un aspect important de la démocratie. Afin de garantir que ce débat se déroule librement, sans menace de poursuites judiciaires, il convient de limiter autant que possible les possibilités de recours aux lois de diffamation par les hauts fonctionnaires.
- Il est tout aussi vrai que les petits fonctionnaires ne se sont pas délibérément placés sous le même degré de vigilance publique que leurs collègues plus importants. En général, plus le poste public est élevé, plus élevé sera le niveau de critique que le fonctionnaire devra tolérer, y compris en ce qui concerne son comportement en dehors de ses fonctions officielles. Les politiciens se trouvent au sommet de cette échelle du fait de l'importance que revêt le débat sur les candidats qui se présentent aux élections.

Moyens de défense

Un moyen de défense est une argumentation légalement reconnue qui, en cas de succès, signifie que le défendeur n'est pas responsable d'un acte qui, sans ce moyen de défense, serait illicite. La plupart des systèmes judiciaires reconnaissent par exemple le 'consentement' comme moyen de défense – le défendeur ne sera pas tenu responsable d'un acte auquel le plaignant aura consenti de son plein gré. Par exemple, si A emprunte la voiture de B, et que B accuse ensuite A d'avoir volé la voiture, A peut invoquer le consentement comme moyen de défense – B avait consenti de son plein gré à prêter sa voiture.

Un système solide de moyens de défense qui peuvent être invoqués pour contrer une accusation en diffamation est essentiel si l'on veut que les lois de diffamation n'aient pas le pouvoir de restreindre abusivement la libre circulation des informations et des idées. Les huit moyens de défense listés ci-dessous – tirés d'une comparaison entre les lois de différents pays et de la jurisprudence des tribunaux internationaux – sont particulièrement importants.

La véracité comme moyen de défense

- La véracité comme moyen de défense est centrale à la plupart des systèmes sur lesquels reposent les lois de diffamation. Dans de nombreux pays, il est admis qu'il n'est pas possible pour des individus d'être reconnus coupables de diffamation s'il n'a pas été

prouvé que les faits qu'ils ont affirmés sont faux. En d'autres termes, la véracité est une défense absolue dans un cas d'allégation de diffamation.

- Le raisonnement en faveur de la véracité comme moyen de défense, repose sur le fait qu'une loi sur la diffamation devrait servir à protéger les individus contre des attaques *injustifiées* à leur réputation, plutôt que de les protéger dans n'importe quel cas, que leur bonne réputation soit méritée ou non. Il est possible que des individus ne souhaitent pas voir publier à leur sujet des déclarations véridiques mais peu flatteuses, mais cela ne devrait pas leur donner le droit d'entamer des poursuites et de chercher à obtenir des compensations. Dans le même temps, il se peut qu'un individu qui fait face à des révélations véridiques sur sa vie privée ait tout de même la possibilité de faire valoir ses droits pour intrusion dans sa vie privée (voir, discussion plus haut sur les lois concernant la protection de la vie privée).
- Savoir à qui incombe d'apporter la preuve de la véracité ou de la fausseté d'une déclaration est une question importante. Prétendre qu'une déclaration est fausse est un élément central d'une poursuite en diffamation et, en conséquence, il apparaît comme plus équitable et certainement moins dommageable pour la liberté d'expression, que ce soit le plaignant qui ait pour tâche d'apporter cette preuve. Bien plus, le plaignant, puisque c'est lui qui a porté plainte, a souvent meilleur accès aux preuves nécessaires pour prouver la fausseté de la déclaration. Finalement, le risque d'être attaqué en justice et d'avoir à démontrer la véracité de chaque déclaration publiée pourrait contribuer à décourager les journalistes et leur faire craindre d'aborder des sujets controversés.
- Au minimum, la charge d'apporter la preuve devrait revenir au plaignant dans les cas d'intérêt public, comme la discussion des activités des politiciens et des fonctionnaires publics. Même si parfois, cela rend les choses difficiles pour les individus qui cherchent à faire valoir leur droit dans un cas fondé de diffamation, les difficultés imposées au plaignant (souvent des personnages publics) sont justifiées parce qu'il est important de protéger le débat sur des questions d'intérêt public. Imposer au défendeur de prouver la véracité de ses assertions risquerait de promouvoir l'autocensure, dans la mesure où les individus seraient tentés de se taire, non pas parce que ce qu'ils ont à dire est faux ou qu'ils le croient faux, mais par crainte de ne pas réussir à le prouver devant un tribunal ou par crainte des coûts qu'avoir à se défendre contre une attaque en diffamation pourrait entraîner.
- Séparément de la charge de la preuve, il existe le *critère d'établissement* de la preuve. Dans certains pays, les personnages publics et les autres plaignants impliqués dans des cas d'intérêt public sont soumis à un critère plus élevé d'établissement de la preuve que dans les cas ordinaires. Le critère d'établissement de la preuve habituel dans un cas dépendant de la juridiction civile est celui de la 'prépondérance de la preuve' : la partie capable de présenter l'argumentation la plus convaincante, même avec peu de différence, sera la partie gagnante. Dans certains pays, dans les cas d'intérêt public, les plaignants doivent prouver la fausseté 'grâce à des preuves claires et convaincantes'. Cela signifie que les preuves demandées ne doivent pratiquement laisser aucun doute au tribunal concernant la fausseté de la déclaration incriminée.

L'opinion comme moyen de défense

- Le droit international, accorde une protection toute significative aux déclarations d'opinion, et dans certains pays, personne ne peut être attaqué en diffamation pour une

opinion. La raison en est qu'il est impossible de prouver si une opinion, qui ne contient pas d'allégations factuelles, est vraie ou fausse. ; la loi n'a pas à décider si une opinion est correcte ou non, mais doit permettre aux citoyens d'en décider eux-mêmes. Il existe bien entendu un risque que certaines personnes utilisent cette immunité que leur accorde la loi pour exprimer des opinions que de nombreuses personnes considèreraient comme insultantes. Ce risque est tempéré, cependant, par le danger qu'il y aurait à permettre aux autorités de déterminer quelles sont les opinions acceptables et celles qui ne le sont pas.

- Déterminer s'il s'agit d'une déclaration de fait ou d'opinion peut parfois s'avérer difficile. Si la charge de prouver que la déclaration est fausse repose sur le plaignant, il ou elle devra identifier des éléments factuels dans la déclaration afin de pouvoir les réfuter, même si cela risque encore, bien entendu, d'être contesté. Une déclaration affirmant que quelqu'un est 'bon' ou 'mauvais' constitue clairement une opinion, mais qu'en est-il d'une remarque indiquant que cette personne est un 'escroc' ? Il arrive parfois qu'une déclaration contienne des éléments qui, s'ils sont pris de manière littérale, ont une nature factuelle mais qui doivent être compris comme une opinion. C'est souvent le cas avec certains recours rhétoriques, comme les plaisanteries, les tournures rhétoriques ou les exagérations. Les tribunaux doivent examiner le contexte des déclarations afin de déterminer s'il y a lieu d'interpréter la déclaration incriminée comme une allégation factuelle ou une opinion.

La bonne foi comme moyen de défense

- Même s'il a été prouvé qu'une déclaration factuelle concernant une question d'intérêt public est fausse, les défendeurs poursuivis en diffamation devraient tout de même bénéficier de la défense au nom de la publication 'en toute bonne foi'. Ce moyen de défense est applicable, comme son nom le suggère, s'il était raisonnable pour le défendeur d'avoir fait circuler les matériaux contestés dans la manière et sous la forme qu'il ou elle a employé.
- Le principal objectif de cette défense au nom de la bonne foi est de garantir que les médias ont la possibilité d'effectuer efficacement leur travail d'information du public. Lorsqu'un événement important se développe, les journalistes ne peuvent pas toujours attendre d'être complètement sûrs que tous les faits sont corrects avant de publier ou de diffuser une information. Même les meilleurs journalistes peuvent faire des erreurs honnêtes ; les exposer à être punis pour toute fausse allégation rendrait leur travail très risqué et pourrait les inciter à ne pas fournir au public les informations dans le temps voulu. La bonne foi comme moyen de défense protège ceux qui ont agi raisonnablement et qui ont cherché à équilibrer la nécessité d'informer et le besoin d'éviter de nuire à la réputation, tout en permettant au plaignant de faire valoir leurs droits à l'encontre de ceux qui n'appliquent pas ce comportement.
- Bien qu'il soit plus fréquent que ce soit les médias qui invoquent la bonne foi comme moyen de défense, ce moyen devrait rester ouvert à quiconque. Il se peut que des situations se présentent dans lesquelles d'autres personnes que les journalistes, comme des chercheurs, des activistes de la société civile, soient susceptibles de publier des faits faux dans des circonstances où il apparaissait raisonnable de le faire.

Immunité absolue et immunité conditionnelle

- Il existe des circonstances dans lesquelles la capacité de pouvoir s'exprimer librement, sans crainte d'aucune conséquence légale, est tellement vitale que les déclarations ne devraient jamais entraîner de poursuites en diffamation. Une 'immunité absolue' de ce type, devrait être appliquée, par exemple, aux déclarations effectuées dans le cadre d'une procédure juridique, aux déclarations prononcées par des corps élus ou devant des corps élus, comme des parlements ou des autorités locales ainsi qu'au compte-rendu équitable de ces déclarations. D'autres types de déclarations devraient jouir d'une 'immunité conditionnelle' ; c'est-à-dire qu'elles devraient être exemptées de poursuites en diffamation à moins qu'elles n'aient été proférées avec de mauvaises intentions ou de manière vindicative. Cette dernière catégorie devrait inclure les déclarations que l'auteur se trouve obligé de faire par devoir légal, moral ou social, comme par exemple d'informer la police d'une suspicion de crime. Le facteur décisif devrait être de savoir si l'intérêt public résultant de ce type de déclarations surpasse le dommage qui pourrait être causé à des réputations privées.

La parole d'autrui

- Les individus ne devraient pas être poursuivis pour avoir rendu compte ou pour avoir reproduit les déclarations diffamatoires d'autres personnes si les trois conditions suivantes sont remplies : premièrement, les déclarations font partie d'une discussion sur un sujet d'intérêt public ; deuxièmement, l'individu s'est abstenu de reprendre à son compte les déclarations ; et troisièmement, il apparaît de manière évidente que les déclarations ont été faites par quelqu'un d'autre.
- Invoquer 'la parole d'autrui' comme moyen de défense, implique la reconnaissance du fait que les médias ont pour responsabilité de couvrir l'actualité et que cela peut impliquer de rendre compte de remarques qui mettent en cause la réputation d'autres personnes. Bien plus, il n'est pas spécifiquement imposé aux journalistes de se distancer des déclarations ou de vérifier la véracité de toutes les remarques qu'ils rapportent, car cela rendrait le travail des médias trop ardu et en conséquence, pourrait nuire à la circulation des informations à destination du public.

Publication en toute innocence

- De nombreux pays reconnaissent 'la publication en toute innocence' comme moyen de défense qui s'applique lorsque quelqu'un, sans le savoir, publie ou contribue à la dissémination de déclarations diffamatoires sans avoir été négligent ou responsable de la déclaration de quelque manière que ce soit. La bonne foi comme moyen de défense est traditionnellement invoquée par ceux qui participent à la production ou à la dissémination d'une publication mais qui n'ont pas de contrôle sur son contenu, c'est le cas des distributeurs de journaux ou des compagnies de conception graphique. Ce type de défense s'applique également à des applications plus modernes. Par exemple, les fournisseurs d'accès Internet facilitent la dissémination des informations de leurs souscripteurs sur l'ensemble de l'Internet, mais il incombe aux tribunaux et non pas aux fournisseurs d'accès, de déterminer si les matériaux publiés sont ou non diffamatoires. Si les fournisseurs d'accès Internet étaient tenus responsables du contenu de l'information qu'ils font circuler, ils auraient à exercer une censure sur la base de leur propre opinion ce qui, clairement, ne saurait être satisfaisant. Ils ont donc également la possibilité d'invoquer cette défense.

Consentement

- Comme nous l'avons souligné plus haut, le consentement est un moyen de défense fréquemment utilisé à l'encontre d'une assignation en dommage. Le consentement comme défense reconnaît que les plaignants ne devraient pas avoir la possibilité d'assigner un recours en justice pour des actes auxquels ils ont consenti de leur plein gré, y compris des déclarations diffamatoires. Le consentement comme moyen de défense pourrait s'appliquer, par exemple, dans les cas où un individu fournirait des informations erronées le ou la concernant à un journal et que le journal les publierait.

Prescription

- La plupart des systèmes légaux prévoient une date limite après laquelle le plaignant ne peut plus intenter un procès, y compris en diffamation. Les raisons motivant ce principe de la 'prescription' sont nombreuses, mais l'une des principales tient au fait qu'après un certain temps les preuves peuvent avoir été perdues et les souvenirs des témoins s'être effacés, et aussi au fait que les individus devraient pouvoir vivre leur vie sans avoir à rester sous la menace perpétuelle d'une éventuelle poursuite judiciaire.
- Ces considérations s'appliquent tout particulièrement dans le cas des lois de diffamation, dans la mesure où il s'agit d'une limitation à la liberté d'expression et que, dans ce cas, la prescription devrait être courte, habituellement pas plus d'une année. Une limite plus longue peut servir à décourager la liberté d'expression à la fois parce que se défendre devient alors plus difficile et parce que vivre dans l'incertitude par rapport à certaines déclarations met un frein à d'autres discussions critiques. Si la période prévue par la prescription est écoulée, le défendeur peut se prémunir de ce fait comme moyen de défense absolue contre la poursuite en diffamation.

Réparations

Une 'réparation' est une forme de correction qui peut être accordée par un tribunal pour compenser le tort causé. Parmi les exemples de réparations habituellement accordées par différents systèmes légaux il convient de citer la condamnation à payer une compensation financière, l'injonction de cesser la conduite mise en cause ou l'obligation de se rétracter ou de donner un droit de réponse.

Types de réparations et leur rôle

- La discussion menée ci-dessus montre que la diffamation criminelle est de plus en plus souvent perçue par le droit international comme une restriction illégitime à la liberté d'expression. La raison principale en est que les pénalités associées avec la diffamation criminelle – emprisonnement, amendes élevées, privation du droit de pratiquer le journalisme – sont disproportionnées et sans objet. C'est au contraire au droit civil qu'incombe de fixer les réparations pour diffamation.
- Contrairement au droit criminel, qui a pour but de punir un comportement inacceptable, l'objectif du droit civil est de promouvoir des relations harmonieuses entre les différents individus vivant au sein de la société et de garantir que les torts causés à une personne par une autre sont adéquatement réparés. En conséquence, lorsque le droit civil fixe des réparations pour des déclarations diffamatoires, l'objectif de ces réparations devrait être de

réparer le dommage causé à la réputation du plaignant et non pas de punir le ou les défendeur(s).

- Le caractère nécessaire des sanctions pour déclarations diffamatoires qui représentent également une restriction à la liberté d'expression, selon le droit international, doit impérativement être justifié. Cela veut dire que les sanctions doivent être proportionnées au sens où le dommage au droit n'exécède pas les bénéfices en terme de protection de la réputation. Dans les faits, les autorités ont l'obligation de mettre en place un code de réparation pour les déclarations diffamatoires qui, tout en réparant les torts causés à la réputation n'ont pas pour effet de paralyser l'exercice de la liberté d'expression.

Donner la priorité aux réparations alternatives

- Traditionnellement, la réparation la plus courante pour diffamation est la compensation financière ou les dommages versés au plaignant par le défendeur. Il existe un certain nombre de pays dans lesquels, une culture de compensations excessives s'est développée, avec un impact négatif sur la liberté d'expression et la libre circulation des informations. Il existe pourtant toute une gamme de réparations alternatives moins sévères mais tout de même efficaces comme une injonction du tribunal à faire paraître une correction ou à publier les conclusions du jugement indiquant les déclarations comme diffamatoires. Ces réparations alternatives sont plus favorables à la liberté d'expression et devraient être choisies en priorité ; les compensations financières devraient être imposées uniquement dans les cas où il n'y a pas d'autres moyens pour dédommager adéquatement le plaignant pour les torts causés par les déclarations diffamatoires.
- Lorsque des compensations financières sont réellement nécessaires, le droit devrait spécifier clairement quels sont les critères permettant de déterminer le montant des compensations et tenir compte des dommages réels subis par le plaignant ainsi que des autres réparations déjà imposées par d'autres moyens non pécuniaires. Un plafond devrait être fixé pour le niveau des compensations à accorder pour un dommage non financier à la réputation de quelqu'un – c'est-à-dire pour un dommage difficile à quantifier en terme monétaire.
- Dans de nombreux pays, les journalistes ont mis en place des organismes bénévoles d'autorégulation, auxquelles des plaintes peuvent être soumises par des individus qui pensent avoir été affectés négativement par une pratique non professionnelle du journalisme. Ces organismes n'ont habituellement pas la possibilité d'accorder des compensations financières mais peuvent recommander que le journaliste ou la publication mis en cause publie une correction ou une déclaration différente. Là où existe un système efficace d'autorégulation, les lois sur la diffamations devraient le reconnaître en demandant aux tribunaux de tenir compte de tout redressement déjà effectué de cette manière au moment d'évaluer la réparation légale adéquate.

Injonctions

- Dans certains pays, la loi prévoit la possibilité d'une *injonction* à l'encontre d'une déclaration diffamatoire – c'est-à-dire d'un ordre prononcé par la cour pour faire cesser la publication ou la distribution d'une publication (prétendument) diffamatoire.
- Le type le plus sévère d'injonction est un ordre de ne pas distribuer une publication qui n'a pas encore atteint le public. Ce type d'injonctions équivaut à une forme de censure à

priori, il s'agit d'une mesure considérée avec beaucoup de suspicion par le droit international. Ce type de censure à priori est problématique car elle laisse la porte grande ouverte aux abus : si les autorités ont la possibilité d'empêcher la publication d'atteindre le public, le public n'aura pas les moyens de juger si la légitimité de la mesure était justifiée ou si les autorités cherchaient simplement à supprimer des informations qui risquaient de les embarrasser. Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, une censure à priori peut être justifiée, c'est-à-dire s'il s'agit de prévenir la publication d'une information qui pourrait entraîner la perte d'une vie humaine. Dans le contexte d'un recours en diffamation, ce type de justification n'existe pas. Des injonctions ne devraient jamais être utilisées afin d'empêcher une déclaration (prétendument) diffamatoire d'atteindre le public, étant donné les dangers bien plus importants encourus dans un système de censure à priori.

- Une injonction permanente, imposée par un tribunal *à la fin* d'une poursuite en diffamation, après une audition complète et équitable de tous les aspects du cas, pose moins de problèmes. L'ouverture du processus judiciaire permet l'examen détaillé des motifs poussant les autorités à interdire une distribution future de la déclaration. Les injonctions permanentes ne devraient cependant pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire : elles devraient, par exemple, être limitées à la déclaration spécifiquement reconnue comme diffamatoire.
- Des injonctions intérimaires, c'est-à-dire des injonctions imposées avant qu'un jugement n'ait été rendu de manière définitive, sont plus problématiques parce qu'elles seront décidées avant l'évaluation adéquate de toutes les preuves. Il n'en reste pas moins qu'elles peuvent être justifiées si le plaignant peut démontrer qu'il ou elle est pratiquement certain(e) de gagner et que le renouvellement de la publication entraînerait des dommages qui ne pourraient pas être réparés par des compensations imposées subséquemment.

‘Tout individu a droit à la liberté d’opinion et d’expression ; ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de rechercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d’expression que ce soit.’

Article 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme

INSTRUMENTS DE CAMPAGNE SUR LA DIFFAMATION



ARTICLE 19
6-8 Amwell Street
London EC1R 1UQ
United Kingdom
Tel: +44 20 7278 9292
Fax: +44 20 7278 7660
Email: info@article19.org
Web: <http://www.article19.org>

© Article 19, 2006 • ISBN 978-1-902598-90-1