

1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DE L'AVOCAT

LE MOT DU PRÉSIDENT

Dans le prétoire, dans le prolongement du prétoire, hors du prétoire, la liberté d'expression de l'avocat présente une amplitude variable.

Dans le prétoire, l'avocat dispose d'une liberté quasi-totale mais pour autant que ses propos restent en relation avec la cause ou les parties. Les attaques contre les magistrats, les autres acteurs de justice ou, d'ailleurs des tiers, sont admises pour autant qu'il ne s'agisse pas d'attaques *ad hominem*. En d'autres termes, les critiques sont admises lorsqu'elles sont fonctionnelles, qu'elles visent la façon dont les magistrats ont accompli (ou pas accompli) leurs tâches et non leurs qualités personnelles. Dire d'un magistrat qu'il a prononcé un jugement arbitraire est admissible, qu'il l'a fait malhonnêtement ne l'est pas, sauf bien sûr à être en mesure de le démontrer (et à le faire).

Dans le prolongement du prétoire, les règles sont différentes. La Cour européenne des droits de l'Homme reste attachée à l'idée qu'en principe la défense s'exerce prioritairement devant les cours et tribunaux. Ce n'est qu'en cas de nécessité (celle-ci étant plutôt défensive qu'offensive, c'est-à-dire que la Cour admet plus facilement que la défense s'exprime dans les médias lorsque ceux-ci ont déjà reçu des informations et qu'il s'agit d'y réagir que lorsque l'avocat souhaite lui-même externaliser le débat), que l'avocat est autorisé à faire sortir le procès de l'enceinte du Palais en y portant des critiques qui touchent à l'honneur ou à la réputation de tiers (en ce compris leur adversaire).

L'avocat doit alors être conscient que sa position d'acteur de justice l'oblige à prendre certaines précautions pour ne pas décrédibiliser gratuitement le service public auquel il participe. On doit se réjouir, à cet égard, que l'arrêt *Morice c/ France* prononcé le 23 avril 2015 utilise l'expression « *acteur de justice* » par préférence à l'expression « *auxiliaire de justice* », mettant ainsi mieux en évidence un statut orienté sur la subjectivité du client plus que sur l'objectivité attendue du juge. Le fait que le juge Küris ait tenu à exprimer, par une opinion concordante, qu'il n'acceptait pas que l'on considère que l'avocat tenait un rôle central dans l'administration de la justice montre cependant, par opposition, que la majorité de la Cour reste attachée à l'idée d'un avocat faisant partie de l'institution. En témoigne aussi le fait qu'elle ait refusé d'assimiler l'avocat au journaliste, ce qui va de soi si l'on compare leurs fonctions, mais est moins évident lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de protection de leur liberté d'expression.

La liberté d'expression de l'avocat varie alors en fonction de la portée de ses propos. Participent-ils à un débat d'intérêt général ou non ? S'il s'agit de dénoncer les dysfonctionnements d'une institution, ils y participeront nécessairement. Il peut également en être ainsi lorsque l'affaire en cause y a trait. Il n'en est pas nécessairement ainsi lorsque la critique touche aux particularités précises d'un cas.

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

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



Enfin, bien sûr, la pertinence de l'attaque sera passée au crible. Pas plus que dans les limites du prétoire, la critique *ad hominem* ne sera admise si elle n'est pas en rapport avec les nécessités de la défense. De même, plus les critiques sont virulentes et factuelles, plus elles doivent être étayées.

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

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

On le voit, l'usage de la liberté d'expression de l'avocat reste délicat. Et l'arrêt Morice n'apportera d'ailleurs aucune pacification.

D'un côté, des auteurs comme Manuella Cadelli et Jacques Englebert regrettent que la Cour, tout en émancipant les avocats qui s'expriment hors du prétoire, qu'il s'agisse pour eux d'y poursuivre la défense de leurs clients face aux attaques qu'ils subissent dans les médias ou d'y dénoncer les dysfonctionnements de la justice, regrettent les conditions et restrictions qui entourent cette émancipation. On concédera qu'elle est assise sur des notions dont les contours précis ne sont pas faciles à cerner : débat d'intérêt général, jugement de valeur, base factuelle suffisante (ou base solide, ou base pas inexistante, ou fondements sérieux), nécessités de la défense. C'est ce qui les amène à parler d'avocats contraints, comme leurs confrères chinois, de marcher *sur une fine couche de glace*, alors qu'ils voudraient, au contraire qu'ils puissent être des *parrésias*.

D'un autre côté, des magistrats ont clairement exprimé leur colère face aux avancées de la jurisprudence de la Cour. Ils affirment que la liberté ainsi donnée aux avocats autorise des dérives inquiétantes, ouvrant la voie à des pressions intolérables. Selon eux, le droit de critique ainsi reconnu aux avocats permettrait à certains de ceux-ci de véhiculer, spécialement dans les litiges qui touchent à la répression du terrorisme et du grand banditisme, des menaces à peine voilées.

Nous ne partageons pas ces critiques, ni les unes, ni les autres. Il n'y a pas de droit absolu. Si l'équilibre est souvent difficile à atteindre et si, d'ailleurs, il est toujours en reconstruction dans des sociétés qui évoluent, affirmer que l'avocat peut critiquer le fonctionnement de la justice pour autant qu'il le fasse avec dignité, et en s'appuyant sur des éléments sérieux et non de simples ressentis ou, pire, des injures, nous paraît mesuré, sans que cette affirmation ne gomme les quelques réserves ou précisions que nous avons émises dans le corps de ce commentaire.

En revanche, nous ne pouvons admettre les critiques contenues dans le *Rapport du groupe de travail relatif à la protection des magistrats* remis le 28 juin 2016 au Garde des sceaux par R. Gelli, C. Champalaune et M. Thuau qui assimilent les critiques dirigées par certains avocats contre certains magistrats aux menaces, voire agressions physiques, dont certains ont malheureusement été l'objet. Personne n'a jamais prétendu qu'un avocat pouvait être le relais de son client pour violer l'indépendance des magistrats ou, pire, les menacer. Affirmer que la jurisprudence Morice le permettrait c'est hurler avec les loups, se joindre au concert, malheureusement de plus en plus bruyant, qui appelle à la mort des droits de l'Homme. Ce ne sont pas les porteurs de mauvaises nouvelles

qu'il faut décapiter. Tigrane l'apprît à ses dépens après avoir fait exécuter le messager qui lui annonçait l'arrivée de Lucullus.

On peut dire que la liberté d'expression de l'avocat et l'immunité de plaidoirie, qui l'accompagne depuis toujours au sein de cours et tribunaux, ont franchi la porte de ceux-ci pour protéger l'avocat, lorsqu'il s'exprime en dehors du prétoire. Le développement des médias et des technologies de l'information en général a fortement contribué à l'évolution de la jurisprudence européenne, dans le sens d'un élargissement considérable de la protection de l'acteur de justice, dans l'intérêt du justiciable et de la société.

« L'avocat est là, présent, à côté d'un homme pour l'aider à se tenir debout. Pas seulement devant le tribunal. Partout où la défense doit être exercée ». « Le temps n'est plus où la défense se cantonnait strictement dans les prétoires ; elle doit s'exercer, aujourd'hui, partout où les droits individuels sont en cause ».

Voilà les conclusions auxquelles nous arrivons à la suite d'une analyse fouillée de l'arrêt Morice prononcé par la Cour européenne des droits de l'Homme le 23 avril 2015. Notre étude vient d'être publiée au dernier numéro de la Revue critique de jurisprudence belge (1^{er} trimestre 2017). Nous avons l'occasion d'aborder plus avant cette problématique le mardi 6 juin 2017 après-midi à l'occasion d'une **conférence** organisée par Larcier.

Vos dévoués,

JEAN-PIERRE BUYLE • PRÉSIDENT
president@avocats.be

PATRICK HENRY • ANCIEN PRÉSIDENT
p.henry@elegis.be