



HAL
open science

**L'article 38, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881
interdisant la publication de tout ou partie des
circonstances d'un des crimes et délits visés est
incompatible avec les articles 6, 7 et 10 de la Convention
EDH**

Céline Ruet

► **To cite this version:**

Céline Ruet. L'article 38, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 interdisant la publication de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits visés est incompatible avec les articles 6, 7 et 10 de la Convention EDH. La Semaine juridique. Édition générale, 2002, 29. hal-01680920

HAL Id: hal-01680920

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01680920v1>

Submitted on 11 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'article 38, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 interdisant la publication de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits visés est incompatible avec les articles 6, 7 et 10 de la Convention EDH.

Céline Ruet

Incompatibilité Cass. crim., 20 févr. 2001 ; Proc. gén. près C. cass. [arrêt n° 810 D] [Juris-Data n° 2001-008742] .

LA COUR - (...) Vu l'article 621 du Code de procédure pénale ; - Vu la requête du procureur général près la Cour de cassation, en date du 21 juillet 1998 ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 38, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, 6, 7 et 10 de la Convention EDH :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'à la suite d'un attentat commis à Paris, dans une station du Réseau Express Régional (RER), le quotidien France-Soir a publié un reportage sur cet événement, comportant la photographie d'une personne blessée, partiellement dénudée ; que le journal Paris-Match a fait aussi paraître ce cliché ; que l'enquête diligentée sur plainte de la victime a révélé que la photographie, prise à l'insu de l'intéressée, avait été acquise auprès d'agences de presse ; que le Ministère public a fait citer devant le tribunal correctionnel, pour infraction à l'article 38, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, Michel Javelle et Roger Thérond, directeurs de publication de France-Soir et Paris-Match, Françoise Bonnard, Hubert Henrotte, Goksin Sipahioglu et Nicole Babolin, responsables des agences précitées, comme complices, ainsi que les sociétés, en qualité de civilement responsables ; que les prévenus ont soutenu que l'article 38, alinéa 3, précité, alors applicable, qui interdisait la publication de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits prévus par les chapitres Ier, II et VII du titre II du livre II du Code pénal, était incompatible avec les articles 6, 7 et 10 de la Convention EDH ;

Attendu que, pour accueillir ce moyen de défense, la cour d'appel énonce que "la possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement touchant, comme en l'espèce, à l'exercice de libertés essentielles, implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises" ; qu'elle relève que le texte de l'article 38, alinéa 3, comporte une formule évasive et ambiguë en ce qu'il s'agit de la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits visés ; que l'expression "circonstances", foncièrement imprécise, est d'interprétation malaisée ; qu'elle ajoute que, trop générale, cette formulation introduit une vaste marge d'appréciation subjective dans la définition de l'élément légal de l'infraction et ne permet pas, à celui qui envisage de procéder à la publication, d'être certain qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l'interdit ; qu'elle retient enfin que cette ambiguïté rend aléatoire l'interprétation du texte qui serait faite par le juge selon les cas d'espèce et que la rédaction de l'article 38, alinéa 3, n'offre pas de garanties réelles quant à la prévisibilité des

poursuites ; que les juges en déduisent que ce texte est incompatible avec les articles 6, 7 et 10 de la convention précitée ;

Attendu qu'en cet état, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette le pourvoi (...).

M. Roman, cons. doyen f.f. prés., Mme Karsenty, cons.-rapp., M. de Gouttes, av. gén.

Note :

Légalité, légitimité du but poursuivi, nécessité dans une société démocratique : parmi les trois conditions posées par la Convention EDH aux restrictions à la liberté d'expression (Conv. EDH, art. 10, § 2), c'est au regard de la première que la Cour d'appel de Paris avait déclaré l'incompatibilité de l'ancien article 38, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (CA Paris, 18 sept. 1997 : D. 1998, somm. p. 83, obs. J.-Y. Dupeux). Celui-ci était au fondement de poursuites diligentées à raison de la publication d'une photographie prise à l'insu de la victime d'un attentat, blessée et partiellement dénudée par le souffle de l'explosion. Incriminant "la publication par tous moyens de photographies, gravures, dessins, portraits ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits prévus par les chapitres I, II, et VII du titre II du livre II du Code pénal", le texte avait été jugé de qualité insuffisante pour satisfaire l'exigence de prévisibilité inhérente à la notion même de légalité. Seule en effet mérite le nom de loi, aux termes de la jurisprudence européenne, "une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé" (CEDH, 26 avr. 1979 : Série A, n° 30, § 49). Pour procéder à la mise à l'écart du texte, les juges du fond s'étaient fondés à la fois sur les articles 6, 7 et 10 de la Convention EDH. Cette motivation, à laquelle font explicitement référence les travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence et aux droits des victimes, a entraîné l'adhésion du législateur, suivie plus tardivement de l'approbation de la Cour de cassation (V. Cass. crim., 20 févr. 2001 : Rev. sc. crim. 2001, p. 177, obs. J. Francillon ; Légipresse 2001, n° 180, III, p. 54, obs. E. Derieux ; D. Mayer, Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? : D. 2001, chron. p. 1643, Dr. pén. 2001, comm. n° 86, obs. M. Véron ; D. 2001, jurispr. p. 3001, note P. Wachsmann). Le texte issu de la loi nouvelle (L. sur la liberté de la presse, art. 35 quater) est censé remédier à l'imprécision de la loi ancienne en subordonnant l'infraction à l'atteinte grave à la dignité de la victime et à la réalisation de la reproduction sans l'accord de cette dernière. Et c'est seulement après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle que la Cour de cassation a rejeté le 20 février 2001 le pourvoi formé dans l'intérêt de la loi contre l'arrêt de la cour d'appel. Cette prudence, soulignée par l'absence de publication au Bulletin, et par l'absence de formulation d'un principe émanant de la Cour de cassation, elle-même, est significative. Elle ne saurait cependant masquer ni la nouveauté ni l'audace de la solution, ni le paradoxe de la motivation.

La nouveauté, car c'est la première fois, après en avoir admis la possibilité dans des arrêts antérieurs, que la Cour de cassation écarte effectivement, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, une loi d'incrimination en raison de la seule insuffisante qualité de sa rédaction. La Cour de cassation avait déjà posé, sous la forme d'un principe, que "toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui", mais elle n'en avait usé jusqu'à présent que pour écarter des textes réglementaires imprécis entachés d'illégalité, au visa combiné de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme, 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, de

l'article 4 du Code pénal, et des articles 6 et 7 de la Convention EDH (V. Cass. crim., 1^{er} févr. 1990 : Bull. crim., n° 56 ; Rev. sc. crim. 1991, p. 535, obs. A. Vitu). L'audace, car le contrôle de conventionnalité aboutit ainsi à un résultat identique de celui qui serait obtenu au moyen d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception (V. D. Mayer, article préc.), l'exigence de qualité des textes d'incrimination résultant, aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du principe de légalité criminelle exprimé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le paradoxe, car ce résultat est obtenu par référence à la légalité européenne. Or, telle qu'elle est interprétée par la Cour EDH, l'exigence de qualité de la loi ne constitue pas un doublon exact de la conception interne de la légalité criminelle. Les acceptions distinctes de la légalité, incluant le droit écrit et le droit non écrit dans la jurisprudence européenne, se ramenant en matière pénale au droit écrit pour le droit interne, trouvent leur prolongement dans une portée distincte conférée à l'exigence de qualité de la loi. Alors que l'exigence de qualité de la loi a une portée relative dans la jurisprudence européenne, le contrôle de conventionnalité permet à l'arrêt de conférer sa pleine portée au principe de légalité criminelle compris comme principe de textualité criminelle. En déclarant l'incompatibilité de la loi avec la légalité européenne (1), l'arrêt révèle en réalité la spécificité d'une approche interne de la Convention européenne (2).

1 - Une loi déclarée incompatible avec la légalité européenne

Le contrôle de conventionnalité apporte à l'exigence de qualité des incriminations, corollaire de la légalité criminelle, la sanction judiciaire qui lui faisait défaut (A), la loi imprécise étant écartée en raison de sa confrontation à la norme de légalité posée par la Convention EDH (B).

A - La sanction apportée à la loi imprécise

Seule est ici en cause la qualité de la loi, dont l'imprécision n'est pas assimilable à l'absence d'incrimination. Une telle assimilation a parfois pu fonder une neutralisation de la loi imprécise (V. J.-H. Robert, Droit pénal général, PUF, 2001, p. 124) dans certaines hypothèses d'incrimination par renvoi. En présence d'un texte sanctionnant la contravention "aux dispositions de la présente loi", la Cour de cassation a refusé de donner effet à une disposition dont "les termes généraux ne forment aucune règle précise" dans la mesure où celle-ci ne devait pas être considérée isolément, abstraction faite de son enchaînement avec l'article suivant (V. Cass. crim., 17 juill. 1908 : Bull. crim., n° 317, commenté par J.-H. Robert, op. cit.). Dans le cadre de l'exception de l'illégalité, la Cour de cassation a écarté un texte réglementaire imprécis, car réprimant d'une peine contraventionnelle "toutes infractions" à une disposition légale qui ne définissait en réalité aucune incrimination (V. Cass. crim., 1^{er} févr. 1990, préc.). L'écran législatif est alors transparent et le règlement peut être confronté à l'exigence constitutionnelle de textes clairs et précis (V. M. Jéol, La Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM, 1995, p. 75) ; la référence opérée aux articles 6 et 7 de la Convention EDH, visés en même temps que la Constitution, si elle annonce sa possible extension à la loi imprécise, n'est aucunement nécessaire à l'obtention de la solution.

Une telle référence s'avérait au contraire indispensable pour procéder à la mise à l'écart de l'ancien article 38, alinéa 3, de la loi sur la presse. Le législateur a en effet voulu ériger en infraction un comportement dont il a donné une description (publication par tous moyens d'une image ayant pour objet la "reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits..."), fût-ce de manière imparfaite. Si le texte paraît impropre à assurer au justiciable une sécurité juridique, il n'en crée pas moins pour le juge, aux termes de l'article 4 du Code civil, l'obligation de déclarer si la loi s'applique ou non aux faits de l'espèce et de l'interpréter en cas d'obscurité. Le juge ne peut fonder

une relaxe sur l'obscurité de la loi ou l'incertitude de l'interprétation à donner à la règle de droit (V. Cass. crim., 12 mars 1984 : D. 1985, jurispr. p. 1, note F. Warenbourg-Auque). Il doit résoudre le point de droit dont il reconnaît la pertinence.

La conciliation de la sanction du déni de justice avec l'exigence de textes clairs et précis s'opère alors, non par l'admission d'un refus d'interprétation, mais par le principe d'interprétation stricte, et par l'admission, en cas de doute sérieux ou insurmontable, d'une interprétation favorable au prévenu. Une telle conciliation s'avère à la fois malaisée, discutée et imparfaite. Malaisée, car la présence d'un texte vague est a priori peu propice à une interprétation stricte ; discutée, comme en témoignent les divergences doctrinales quant au rôle de l'adage *in dubio pro reo* dans l'interprétation des textes ; imparfaite, car si le jeu de ces principes d'interprétation permet d'apporter une certaine limitation aux pouvoirs du juge, il ne suffit pas à assurer, pour le justiciable, la prévisibilité du droit. Le contrôle de conventionnalité permet de modifier le rôle du juge pénal en face de la loi imprécise : le juge n'a pas toujours l'obligation d'interpréter la loi pour l'appliquer ou non aux faits de l'espèce ; il peut, et doit, écarter la loi en refusant de l'interpréter si son imprécision paraît incompatible avec la norme de légalité énoncée par la Convention EDH.

B - La loi imprécise confrontée à la norme européenne de légalité

Dépourvue d'enjeu pratique direct, la mise à l'écart de la loi imprécise (L. 29 juill. 1881, art. 38 ancien) prend néanmoins un relief symbolique d'autant plus marqué qu'en l'espèce une interprétation à la fois conforme à l'intention du législateur originaire et adaptée aux données actuelles était possible, sans conduire aucunement à une interprétation extensive de la loi pénale. Le principe de l'interprétation déclarative conduit souvent à limiter la portée du principe d'interprétation stricte, en précisant la signification de celui-ci : le juge doit conférer au texte son plein effet en fonction de la *ratio legis*. Dans le cas de l'article 38, cependant, la considération de l'esprit de la loi conduisait à en restreindre le champ d'application. La loi était imprécise en ce que la description du comportement incriminé consistait en la délimitation d'un cadre dont le juge était appelé à déterminer le contenu. La particularité de l'espèce tenait en ce que le cadre ainsi fixé n'exprimait explicitement aucun critère, à la différence d'une notion floue telle que l'outrage aux bonnes mœurs ou l'atteinte à la dignité. La notion était vague sans être pour autant "normative", porteuse d'une valeur justifiant la protection pénale. Une interprétation littérale conduisait ainsi à donner une portée d'emblée démesurée au texte, le terme "circonstances" étant effectivement susceptible d'embrasser "l'action dans son ensemble, la personne qui l'a accomplie, le lieu et le temps où cette action s'est produite, les moyens mis en œuvre pour son exécution, le résultat direct auquel elle a conduit, et même les motifs qui ont amené l'auteur à commettre l'action illégale" (CA Paris, 22 juill. 1953 : JCP G 1954, II, 7926, note R. Combaldieu). Retenir une telle interprétation livrait moins le justiciable à l'arbitraire du juge qu'à l'arbitraire de la poursuite dans la mesure où le juge se considérait comme tenu d'appliquer le texte en présence de la seule reproduction des circonstances d'un des crimes ou délits prévus.

La raison d'être de la loi permettait de conférer une portée plus raisonnable à l'infraction. Malgré l'absence de travaux parlementaires, la *ratio legis* a été dégagée de manière très éclairante par la doctrine (V. R. Combaldieu, note préc.) à partir du contexte originaire de l'article : celui-ci provient du décret-loi du 29 juillet 1939 "relatif à la famille et à la natalité françaises", dont toutes les dispositions tendaient directement ou indirectement à la protection de la famille, et figurait dans une section intitulée "De l'outrage aux bonnes mœurs". Le but poursuivi était de protéger la moralité publique contre les images qui flattent complaisamment les sensations malsaines et excitent la curiosité du public en lui donnant "l'illusion de contempler le crime lui-même". Il s'agissait en somme de la version

ancienne du souci contemporain de réprimer les images qui portent atteinte à la dignité humaine. La loi du 15 juin 2000, qui entend préciser le champ d'application du texte, ne fait en réalité qu'explicitement de manière expresse et dans sa formulation moderne l'esprit de la règle antérieure.

À ce travail d'interprétation, le juge pénal se refuse, marquant nettement que son rôle dans l'interprétation de la norme se différencie de celui du juge civil : l'arrêt de la chambre criminelle doit être en effet rapproché de celui qui a été rendu le même jour par la 1^{re} chambre civile, énonçant en une règle prétorienne : "Attendu que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine" (20 févr. 2001 : JCP G 2001, II, 10533, note J. Ravanas). Le juge civil fait advenir, au visa des articles 10 de la Convention EDH, 9 et 16 du Code civil, le critère qui lui paraît pertinent, la dignité, pour tracer une limite à la liberté d'expression. De ce refus du juge pénal opposé alors que la notion de dignité était en harmonie avec l'esprit de la règle, quelle est exactement la justification ? Si l'on dresse une comparaison avec la doctrine tentant de cerner l'incidence de l'adage *in dubio pro reo* en fonction d'un certain degré de difficulté objective rencontrée par le juge, la perspective a changé. Le refus d'interpréter est moins légitimé par la caractérisation d'un degré élevé de difficulté pour le juge, que par l'insuffisante prévisibilité résultant pour le justiciable de l'imprécision de la loi, le qualificatif décisif étant ici aléatoire. La loi était opaque pour le justiciable.

C'est la finalité de la légalité, la prévisibilité, qui guide la motivation tout entière, et reçoit la première place dans l'énoncé de la norme de référence avant la formulation de l'exigence de la qualité de la loi. L'accent est mis sur l'objectif, les moyens (définitions légales claires et précises) que sa réalisation implique viennent ensuite. Et c'est en fonction de cette exigence que doit être comprise la qualité attendue de la norme. La place accordée à l'exigence de prévisibilité reflète sans conteste une influence en profondeur de la Cour EDH, qui voit de manière générale dans la sécurité juridique du justiciable et de manière plus particulière, dans la garantie accordée par l'article 7 de la Convention EDH, un élément de la prééminence du droit (V. M. Delmas-Marty, *Légalité pénale et prééminence du droit*, in *Mélanges A. Vitu*, 1989). Cependant, la façon dont l'exigence de prévisibilité est interprétée, à la fois amplifiante (car dénuée de relativité) et stricte (car rapportée au texte ; V. R. Kœring-Joulin, *Pour un retour à une interprétation stricte du principe de la légalité criminelle*, in *Mélanges Eissen*, 1995) révèle une approche interne de la convention.

2 - Une approche interne de la Convention européenne

De la différence d'approche, par la jurisprudence interne, de la légalité européenne (A), il conviendra de cerner la portée (B).

A - L'approche interne de la légalité confrontée à la jurisprudence européenne

Telle qu'elle est formulée par l'arrêt, la norme européenne de légalité présente deux caractères. Le premier est que l'exigence de prévisibilité est énoncée en termes exempts de nuances ou de relativité, et qu'il en est de même, en conséquence, de l'exigence de la qualité de la loi. L'arrêt se situe, à cet égard, dans la lignée de l'arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} février 1990 (préc.). Mais dans l'arrêt du 20 février 2001, la rigueur dans la formulation des définitions légales, rattachée à l'existence d'une incrimination, est renforcée par une référence au caractère essentiel de la liberté d'expression. Le second caractère est que l'exigence de qualité de la loi est rattachée sans ambiguïté au texte. C'est le texte seul qui fait l'objet d'une analyse, alors que le jugement de 1^{re} instance avait examiné la qualité de la jurisprudence. La qualité de la loi est comprise comme une qualité devant préexister à

l'intervention du juge, sans qu'il y ait ici à opérer de distinction selon l'existence ou l'absence d'une jurisprudence interprétative au moment où le juge statue. À cet égard aussi, l'arrêt se situe dans la lignée des arrêts précédents qui ont eu à statuer sur la qualité des incriminations au regard de la Convention EDH. Ceux-ci se réfèrent en effet aux critères (V. Cass. crim., 4 janv. 1990 : Bull. crim., n° 4) ou plus simplement aux "termes" des textes (V. Cass. crim., 11 déc. 1996 : Bull. crim., n° 462). Lorsque l'interprétation jurisprudentielle est mentionnée, la Cour de cassation évite d'y faire référence en tant que telle ; elle est intégrée au texte, présentée comme le développement d'une logique inhérente au texte ou étroitement en rapport avec celui-ci (V. Cass. crim., 13 janv. 1998 : Bull. crim., n° 17).

C'est au regard de ces deux caractères - absence de relativité, rapport de la loi et du juge - que l'acception interne de la légalité peut être différenciée de la légalité définie par la Cour EDH. Dans le cadre de l'article 10, § 2, la Cour EDH affirme la portée relative qu'il convient d'accorder à l'exigence de prévisibilité : la prévisibilité attendue de la précision légale est de l'ordre du raisonnable et la qualité requise de la loi, variable en fonction du justiciable et du domaine concernés. La certitude absolue étant hors d'atteinte et source de rigidité, les lois peuvent comporter des formules plus ou moins vagues appelant une appréciation judiciaire, notamment en certaines matières (obscénité ; incitation à la haine ; publication de l'image d'une personne). Si des restrictions préalables à la liberté d'expression appellent de la part de la Cour EDH "l'examen le plus scrupuleux", il n'en est pas de même de manière générale pour la seule liberté d'expression considérée en elle-même. C'est plutôt dans le cadre de l'étude de la nécessité de la mesure que le caractère essentiel de la liberté d'expression est appelé à jouer, et c'est sur le fondement d'un manquement à la proportionnalité que la Cour EDH déclare le plus souvent l'existence d'une violation de l'article 10. La Cour EDH n'opère pas de distinction, dans l'examen de la légalité, selon que la sanction est civile ou pénale (par ex., CEDH, 24 mai 1988 : Série A, n° 133, § 29). Et dans le cadre de l'article 7, la mention du caractère "raisonnablement prévisible" est également présente ; seule la qualité de clarté est d'ailleurs explicitement requise. L'exigeante formulation de la qualité de la loi présente dans l'arrêt *Kruslin* ("une loi d'une précision particulière"), directement reliée par la cour à la nature de la matière concernée, n'est donc pas transposable de manière systématique.

La référence au caractère raisonnable de la prévisibilité influe en profondeur sur la part dévolue au juge dans l'interprétation de la loi. Non seulement l'acception matérielle de la loi permet d'assurer la prévisibilité au moyen d'une jurisprudence constante. Mais encore, même en l'absence d'une jurisprudence antérieure sur un cas semblable, l'exigence de prévisibilité a parfois été considérée comme satisfaite, dès lors que l'interprétation du juge paraissait raisonnable (V. CEDH, 23 avr. 1992 : RUDH 1992, p. 234, § 37) au regard du contenu de l'infraction, et même des valeurs de l'ordre juridique (CEDH, 22 nov. 1995 : RTDH 1996, p. 459, note S. Van Drooghenbroeck). Si l'on se réfère aux catégories dégagées par M. J.-P. Delmas Saint-Hilaire (Les principes de la légalité des délits et des peines, in *Mélanges Bouzat*), la loi n'est pas uniquement "jus" (ensemble des règles du droit positif), elle est aussi "ratio", raison morale dévoilée par le juge. C'est donc au regard d'une motivation affirmant une conception beaucoup plus stricte de la légalité et beaucoup moins ample du rôle du juge, que l'arrêt permet au juge de refuser d'interpréter au moyen du contrôle de conventionnalité.

B - La portée de l'approche interne de la légalité

En faisant référence à l'atteinte grave à la dignité, le législateur a rendu l'infraction plus lisible, il ne l'a pas rendue plus précise. Si la clarification obtenue est un progrès pour l'intelligibilité du droit, il appartiendra toujours au juge de préciser ce qui constitue une atteinte grave à la dignité, comme il le fait d'ailleurs dans le cadre d'autres incriminations. L'acception que l'arrêt retient de la légalité a-t-elle

pour conséquence de rendre la formulation nouvelle de l'incrimination incompatible avec les articles 7 et 10 de la Convention européenne ? De manière plus générale, dans quelle mesure remet-elle en cause les lois pénales incriminant l'offense, l'incitation à la haine, etc., notions floues (V. TGI Paris, 21 avr. 2001 : Légipresse 2001 n° 182, III, p. 103, note M.-N. Louvet, déclarant l'incompatibilité du délit d'offense envers un Chef d'État étranger en reprenant l'énoncé de la norme de référence formulée par Cass. crim., 20 févr. 2001, tout en retenant une conception matérielle de la légalité) ? Quelle que soit la conception de la légalité ouvertement retenue, l'admission d'une interprétation judiciaire est nécessaire pour préciser le sens et la portée de la norme applicable. En présence de notions floues telles que l'incitation à la haine, l'atteinte à la dignité, il est difficile d'éliminer l'imprécision sans faire disparaître la valeur concernée des limitations apportées à la liberté d'expression. En revanche, au regard de l'exigence de prévisibilité en matière pénale, la clarté de l'incrimination pour le justiciable doit constituer le socle indispensable de la précision apportée par le juge. En l'occurrence, ce qui est visé par l'incrimination de l'image portant gravement atteinte à la dignité, c'est l'image créatrice d'une atteinte grave à la dignité, et non l'image seulement révélatrice d'une atteinte grave à la dignité. Certes, une telle distinction ne règle pas l'appréciation subjective de ce qui constitue une image attentatoire à la dignité (par ex. la photographie du préfet Erignac pouvait sans nul doute être considérée comme une image seulement révélatrice d'une atteinte à la dignité et non pas attentatoire à la dignité). Mais les véritables limites posées à l'appréciation du juge ressortissent alors à l'exigence de proportionnalité. Et c'est là que la confrontation avec la norme européenne risque de se révéler rude, car la notion de dignité, dans le cadre de la liberté d'information ne constitue pas un critère phare de la jurisprudence européenne pour apprécier la nécessité d'une restriction au regard de l'article 10, § 2. Mais la convention serait-elle un "instrument vivant" si son interprétation devait être unique, et l'arrêt ne témoigne-t-il pas, en définitive, de l'amplitude du pouvoir d'interprétation du juge ?