

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL  
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA VICTIME  
DE L'ATTEINTE  
À L'HONNEUR

Etude de droit pénal  
et de procédure pénale suisses

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques  
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

ALAIN STEULLET

1983

IMPRIMERIE JURASSIENNE S.A., DELÉMONT

Monsieur Alain Steullet est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée *La Victime de l'Atteinte à l'Honneur. Etude de droit pénal et de procédure pénale suisses.*

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 17 juin 1982.

Le doyen  
de la Faculté de droit  
et des sciences économiques  
Jean-Pierre Gern

LA VICTIME  
DE L'ATTEINTE À L'HONNEUR

# TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE .....	10
LOIS FÉDÉRALES .....	16
LOIS CANTONALES .....	16
ABRÉVIATIONS .....	17
INTRODUCTION .....	19
<i>Objet de l'étude</i> .....	19
<i>Nature des délits contre l'honneur</i> .....	20
PREMIÈRE PARTIE LA NOTION DE L'HONNEUR .....	23
CHAPITRE PREMIER LES BIENS JURIDIQUEMENT PROTÉGÉS .....	25
<i>Section première La théorie de l'honneur effectif et la théorie normative</i> .....	25
I. <i>La théorie de l'honneur effectif</i> .....	25
II. <i>La théorie normative</i> .....	26
<i>Section 2 Les biens protégés par les articles 173, 174 et 177 CPS</i> .....	26
I. <i>La considération (ou bonne réputation)</i> .....	27
a) Fondement et définition .....	27
b) Réfutation des critiques émises par les tenants de la théorie normative .....	28
c) Le bien juridiquement protégé de la diffamation et la calomnie .....	30
II. <i>Le droit à la discrétion</i> .....	31
III. <i>Le sentiment de l'honneur</i> .....	32
IV. <i>L'honneur</i> .....	34
<i>Section 3 Terminologie</i> .....	35
CHAPITRE 2 LES IMPUTATIONS PROPRES À ATTEINDRE LA CONSIDÉRATION ET L'HONNEUR .....	36
<i>Section première L'atteinte à la considération</i> .....	36
I. <i>La jurisprudence (conception morale de la considération)</i> .....	37
a) Les imputations impropres à atteindre la considération .....	37
aa) L'homme honorable .....	37
bb) L'artiste .....	37
cc) Le professionnel .....	38
dd) Le politicien .....	38
ee) L'homme sain .....	39

b) Les imputations propres à atteindre la considération . . . . .	39
aa) L'homme honorable . . . . .	39
bb) L'artiste . . . . .	41
cc) Le professionnel . . . . .	42
dd) Le politicien . . . . .	42
ee) L'homme sain . . . . .	43
II. <i>Jurisprudence dissidente ?</i> . . . . .	43
III. <i>La doctrine (conception sociale de la considération)</i> . . . . .	44
a) L'interprétation littérale . . . . .	44
b) Le reproche de maladie mentale . . . . .	45
c) La « fonction sociale » . . . . .	46
d) Défense de la conception morale . . . . .	48
Section 2 <i>L'atteinte à l'honneur au sens normatif</i> . . . . .	49

## DEUXIÈME PARTIE LE TITULAIRE DE L'HONNEUR . . . . . 51

### CHAPITRE PREMIER L'HONNEUR DES PARTICULIERS . . . . . 53

*Section première L'honneur des personnes incapables d'agir fautivement* . . . . . 53

*Section 2 L'honneur des morts* . . . . . 54

### CHAPITRE 2 L'HONNEUR DES COLLECTIVITÉS . . . . . 57

*Section première Les critères proposés* . . . . . 58

I. *Les critères relatifs à l'unité formelle de la collectivité* . . . . . 58

a) Le nombre de membres et la durée du lien social . . . . . 58

b) L'organisation . . . . . 59

c) La personnalité morale . . . . . 60

II. *Les critères relatifs à l'unité matérielle de la collectivité* . . . . . 62

a) L'unité externe . . . . . 63

b) L'unité interne . . . . . 63

c) La conscience d'avoir un honneur commun . . . . . 63

d) L'activité qualifiée de la collectivité . . . . . 63

e) La capacité de la collectivité de former sa propre volonté . . . . . 64

III. *Les critères fondés sur un jugement de valeur* . . . . . 67

a) La valeur légale . . . . . 67

b) La valeur historique . . . . . 67

c) La valeur philosophique . . . . . 68

d) La valeur sociale . . . . . 68

e) Critique de ce type de critères . . . . . 69

Section 2 *Les collectivités ne possèdent pas d'honneur pénal* . . . . . 71

I. *Les collectivités ne possèdent pas de considération* . . . . . 71

a) L'opinion d'autrui fait défaut . . . . . 71

b) Les devoirs moraux font défaut . . . . . 71

II. *Les collectivités ne possèdent pas d'honneur au sens normatif* . . . . . 74

Section 3 *La jurisprudence* . . . . . 75

I. *La calomnie et la diffamation* . . . . . 75

II. *L'injure* . . . . . 77

CHAPITRE 3 L'ATTEINTE COLLECTIVE À L'HONNEUR . . . . .	78
<i>Section première La notion d'effet-réflexe . . . . .</i>	78
<i>Section 2 L'intention de l'auteur . . . . .</i>	79
<i>Section 3 La détermination objective de la victime . . . . .</i>	81
<i>Section 4 Le syllogisme incertain . . . . .</i>	86
<i>Section 5 La jurisprudence . . . . .</i>	91
TROISIÈME PARTIE LA VICTIME DE L'ATTEINTE À L'HONNEUR EN PROCÉDURE PÉNALE . . . . .	93
CHAPITRE PREMIER RÉPERTOIRE DES PROCÉDURES RELATIVES AUX INFRACTIONS CONTRE L'HONNEUR . . . . .	95
<i>Section première La procédure pénale ordinaire . . . . .</i>	95
<i>Section 2 La procédure pénale privée . . . . .</i>	96
<i>Section 3 La procédure civile . . . . .</i>	97
CHAPITRE 2 LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PÉNALE . . . . .	98
<i>Section première Le moment de la mise en mouvement de l'action pénale . . . . .</i>	98
I. <i>Le problème . . . . .</i>	98
II. <i>La jurisprudence . . . . .</i>	99
III. <i>La doctrine . . . . .</i>	100
<i>Section 2 La participation du plaignant à la mise en mouvement de l'action pénale . . . . .</i>	102
I. <i>La procédure pénale ordinaire . . . . .</i>	102
II. <i>La procédure civile . . . . .</i>	103
III. <i>La procédure pénale privée . . . . .</i>	103
CHAPITRE 3 LA MISE EN ACCUSATION . . . . .	104
<i>Section première La participation du plaignant à la mise en accusation . . . . .</i>	104
I. <i>La procédure pénale ordinaire . . . . .</i>	104
II. <i>La procédure civile . . . . .</i>	105
III. <i>La procédure pénale privée . . . . .</i>	106
<i>Section 2 Problèmes particuliers à la procédure pénale privée . . . . .</i>	108
I. <i>Le droit de retirer l'accusation privée après le jugement de première instance . . . . .</i>	108
a) <i>La jurisprudence . . . . .</i>	108
b) <i>La doctrine dominante . . . . .</i>	108
c) <i>La doctrine dissidente . . . . .</i>	108
II. <i>Le droit de limiter l'accusation privée à certains des participants à l'infraction . . . . .</i>	110
a) <i>La doctrine . . . . .</i>	110
b) <i>La jurisprudence . . . . .</i>	110

CHAPITRE 4	LA QUALITÉ DU PLAIGNANT POUR FORMER RECOURS DE DROIT PUBLIC AU TRIBUNAL FÉDÉRAL . . . . .	111
<i>Section première</i>	<i>Procédures comprenant une phase d'ouverture de l'action pénale et une phase de mise en accusation . . . . .</i>	111
	<i>I. La jurisprudence . . . . .</i>	112
	<i>II. Critique de cette jurisprudence . . . . .</i>	113
<i>Section 2</i>	<i>Procédures ne comprenant pas de phase d'ouverture de l'action pénale, ni de phase de mise en accusation. . . . .</i>	116
CHAPITRE 5	LA PARTICIPATION DU PLAIGNANT AUX DÉBATS . . . . .	116
<i>Section première</i>	<i>La procédure pénale ordinaire . . . . .</i>	116
<i>Section 2</i>	<i>La procédure civile . . . . .</i>	117
<i>Section 3</i>	<i>La procédure pénale privée . . . . .</i>	117
CHAPITRE 6	LA QUALITÉ DU PLAIGNANT POUR RECOURIR CONTRE LE JUGEMENT . . . . .	118
<i>Section première</i>	<i>Le droit cantonal . . . . .</i>	118
<i>Section 2</i>	<i>Le droit fédéral . . . . .</i>	119
CHAPITRE 7	LES FRAIS DE JUSTICE . . . . .	120
<i>Section première</i>	<i>La charge des frais de justice . . . . .</i>	120
	<i>I. La procédure pénale ordinaire . . . . .</i>	120
	<i>II. La procédure civile . . . . .</i>	121
	<i>III. La procédure pénale privée . . . . .</i>	121
<i>Section 2</i>	<i>L'avance des frais de procédure et la garantie des dépens . . . . .</i>	122
	<i>I. La procédure pénale ordinaire . . . . .</i>	122
	a) L'avance des frais de procédure . . . . .	122
	b) La garantie des dépens . . . . .	123
	<i>II. La procédure civile . . . . .</i>	123
	a) L'avance des frais de procédure . . . . .	123
	b) La garantie des dépens . . . . .	123
	<i>III. La procédure pénale privée . . . . .</i>	124
	a) L'avance des frais de procédure . . . . .	124
	b) La garantie des dépens . . . . .	124
<i>Section 3</i>	<i>L'assistance judiciaire . . . . .</i>	125
CHAPITRE 8	LA PROTECTION SPÉCIALE DE L'HONNEUR DES FONCTIONNAIRES, DES MEMBRES D'UNE AUTORITÉ ET DES ECCLÉSIASTIQUES . . . . .	125
CHAPITRE 9	LES MOYENS DE CONTRAINTE . . . . .	127

<i>Section première Les moyens destinés à faire parler le prévenu</i> .....	127
I. <i>La procédure pénale (ordinaire et privée)</i> .....	127
II. <i>La procédure civile</i> .....	127
<i>Section 2 Les moyens destinés à inciter les parties à dire la vérité</i> .....	127
I. <i>La procédure pénale (ordinaire et privée)</i> .....	127
a) <i>Concernant le plaignant</i> .....	127
b) <i>Concernant le prévenu</i> .....	128
II. <i>La procédure civile</i> .....	128
<i>Section 3 Les moyens destinés à faire parler les témoins</i> .....	129
I. <i>La procédure pénale (ordinaire et privée)</i> .....	129
II. <i>La procédure civile</i> .....	129
<i>Section 4 Les moyens destinés à inciter les témoins à dire la vérité</i> .....	130
<i>Section 5 Les autres moyens de contrainte</i> .....	130
I. <i>La procédure pénale ordinaire</i> .....	130
II. <i>La procédure pénale privée</i> .....	130
III. <i>La procédure civile</i> .....	130
CHAPITRE 10 MAXIME DES DÉBATS OU MAXIME D'OFFICE ? .....	131
<i>Section première La procédure pénale ordinaire</i> .....	131
<i>Section 2 La procédure pénale privée</i> .....	132
<i>Section 3 La procédure civile</i> .....	132
CONCLUSION .....	135

## BIBLIOGRAPHIE

Dans le texte, les auteurs dont nous ne citons qu'une seule publication sont désignés par leur seul nom (exemple : Tardu = « La protection juridique des groupes sociaux contre la propagande d'hostilité », Maxime Tardu, RIDP 1956 p. 59).

- ANDROULAKIS Nikolaos Die Sammelbeleidigung, Neuwied et Berlin, Luchterhand, 1970.
- AUBERT Jean-François Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel et Paris, Jurisprudence générale Dalloz et Ides et Calendes, 1967.
- BÄNZIGER Felix/  
STOLZ August Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A. Rh., Speicher, Imprimerie Lutz, 1980.
- BAUMANN Claude Die Stellung des Geschädigten im Schweizerischen Strafprozess. Mit besonderer Berücksichtigung des Officialverfahrens nach schweizerischem Recht, thèse, Zurich, 1958.
- BENZ Albert Die Privatstrafklage, f. p. 1962 p. 297 et 313.
- BINDING Karl Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Leipzig, Engelmann, 2<sup>e</sup> éd. 1902 ; cité : *Binding*.
- Die Ehre und ihre Verletzbarkeit, Leipzig, von Dunker und Humblot, 1892.
- BLEI Hermann Strafrecht, Besonderer Teil, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10<sup>e</sup> éd., 1976.
- BOCKELMANN Paul Leitsätze und Fassungsvorschlag zum Thema Beleidigung, Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, vol. 9 p. 476 et vol. 4 p. 329, Bonn, 1959.
- BONNEFOY André Comment punir la diffamation ? Rev. science crim. 1953, p. 625.
- BRÜGGER Andreas Der Schutz der Ehre, thèse, Fribourg, 1928.
- BRÜHLMER Beat Aargauische Strafprozessordnung, Aarau, Keller, 2<sup>e</sup> éd. 1980.
- BRUNNER Peter Die Stellung des Geschädigten im zürcherischen Official- und subsidiären Privatstrafklageverfahren, thèse, Zurich, Juris, 1976.
- BRUNS Hans-Jürgen Zur Frage der passiven Beleidigungsfähigkeit handelsrechtlicher Kapitalgesellschaften im Strafrecht, NJW 1955, p. 689.
- BRUNSCHVIG Georges Die Kollektiv-Ehrverletzung, thèse, Zurich, 1937.
- CLERC François Cours élémentaire sur le Code pénal suisse, partie spéciale, Tome I, art 111-186, Librairie de droit F. Roth & Cie, Lausanne, 1943 ; cité : *Clerc (cours)*.
- Initiation à la justice pénale en Suisse, Notions préliminaires et principes directeurs, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1975 ; cité : *Clerc (initiation)*.
- A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et de la légalité des poursuites, RPS 63 p. 161.
- De la réparation du préjudice causé à la victime par l'infraction en droit pénal suisse, RPS 56 p. 5.
- DELAQUIS Ernst Die Ehrverletzung im schweizerischen Strafgesetzbuch, RSJB 78 p. 213.

- DOCHOW · Beleidigung, dans : Handbuch des deutschen Strafrechts, Berlin, 1874.
- EGGER August · Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Zurich, Schulthess, 2<sup>e</sup> éd., 1930.
- ENGELHARD Herbert · Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht, 1921.
- FARBSTEIN · Rückzug des Strafantrages nach StGB Art 31 und Rückzug der Privatstrafklage nach kantonalem Prozessrecht, RSJ 39 p. 351.
- FLATTEN Karl-Josef · Strafrechtlicher Ehrenschatz der Handelsgesellschaften, Berlin, 1962.
- FRANCK Richard · Gedanken zum zürcherischen Ehrverletzungsprozess, RSJ 59 p. 65.
- FRIEL Lionel · Der Entlastungsbeweis nach Art 173 Ziff. 2 und 3 StGB und sein Verhältnis zu den Rechtfertigungsgründen, thèse, Berne, Stämpfli, 1976.
- FUCHS Gottlieb · Der Wahrheitsbeweis bei den Ehrverletzungsdelikten, thèse, Berne, 1954.
- GALLAS Wilhelm · Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches, ZStW 75 p. 16.
- GERMANN Oskar A. · Das Verbrechen im Strafrecht, Zurich, 1942.
- GERWIG Max · Ehrverletzung gegenüber juristischen Personen im schweizerischen Strafrecht, Festgabe für Fritz Goerzinger p. 69 ; Aus des Praxis schweizerischen Gerichte und Verwaltungsbehörden, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1935.
- GILLIÉRON Pierre-R. · Procédure pénale vaudoise, code annoté, Lausanne, Thonney-Dupraz, 1969.
- VON GROSS Rudolf · Die Beleidigung von Personenverbänden unter Berücksichtigung des schweizerischen, des deutschen und des französischen Rechts, thèse, Berne, 1941.
- GULDENER Max · Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich, Schulthess, 3<sup>e</sup> éd., 1979.
- HAFTER Ernst · Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berne, Stämpfli, 2<sup>e</sup> éd., 1946 ; cité : *Hafter, gén.*
- · Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Berlin, Springer, 1937 ; cité *Hafter*.
- · Ueble Nachrede, RSJ 43 p. 265.
- · Ehrbegriff und Beleidigung, RPS 47 p. 405.
- HARTMANN A. · Die Stellung des Geschädigten sowie von Dritten im zürcherischen Strafprozess, Kriminalistik 1970, p. 517.
- HAUSER Robert · Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Bâle et Stuttgart, Helbing und Lichtenhahn, 1978 ; cité : *Hauser, Kurz*.
- · Das Zeugnisbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zurich, Schulthess, 1974 ; cité : *Hauser, Zeugenbeweis*.
- HAUSER Robert/HAUSER Willy · Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911 – mit den seitherigen Aenderungen – des Kantons Zürich, Zürich, Schulthess, 1978 ; cité : *Hauser/Hauser*.

- HEER Heinrich Die prinzipale Privatstrafklage im schweizerischen Rechte, thèse, Zurich, 1924.
- HERDEGEN Gerhard Beleidigung, dans : Leipziger Kommentar, de Gruyter, Berlin-New York, 9<sup>e</sup> éd., 1974.
- HIRSCH Hans Joachim Ehre und Beleidigung, Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes, Karlsruhe, 1967.
- HUBER Walter Die allgemeinen Regeln über den Strafantrag im schweizerischen Recht (StGB 28-31), thèse, Zurich, Keller, 1967.
- HUBER Walter Der strafrechtliche geschützte Ehrbegriff in den schweizerischen Rechtsprechung, RSJ 61 p. 349.
- ISCH Ulrich Die Stellung des Geschädigten im solothurnischen Strafprozess, thèse, Biberist, Bütiger, Berne, 1971.
- KAUFMANN Arthur Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten, ZStW 72 p. 418.
- KEHRLI J. O. Vom Rückzug des Strafantrages nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils – Art 31 Abs. 1 StGB, RSJ 40 p. 97.
- KNÖR Hans Die Kollektivbeleidigung, ZStW 49 p. 688.
- KRUG Paul-Eberhard Ehre und Beleidigungsfähigkeit von Verbänden, Berlin, 1967.
- KUMMER Max Grundriss des Zivilprozessrechts, Berne, Stämpfli, 3<sup>e</sup> éd., 1978.
- LENCKNER Theodor Beleidigung, dans : Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 20<sup>e</sup> éd., 1980.
- VON LISZT Franz Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin et Leipzig, de Gruyter, 22<sup>e</sup> éd., 1919.
- LOGOZ Paul Commentaire du code pénal suisse, partie générale, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 2<sup>e</sup> éd. 1976 ; cité : *Logoz, gén.*
- Commentaire du code pénal suisse, partie spéciale, Neuchâtel et Paris, Delachaux et Niestlé, 1955 ; cité : *Logoz, spéc.*
- A propos des délits contre l'honneur, RPS 61 p. 83.
- Les délits contre l'honneur à Genève et dans l'avant-projet suisse de 1908, RPS 25 p. 129.
- LUDWIG Carl Rückzug von Privatklagen vor II. Instanz, RPS 62 p. 273.
- Die Stellung des Verletzten im basler Strafverfahren, RDS 40 p. 344.
- LUTZ Oskar Zur Antragsfrist des Art 29 StGB in Ehrverletzungssachen, RSJ 40 p. 357.
- MAHNIG Hans Die Unteilbarkeit des Strafantrages bei prinzipalen Privatstrafklagen, RSJ 57 p. 17.
- MAURACH Reinhart Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Karlsruhe, C.F. Müller, 5<sup>e</sup> éd., 1969.
- MEMMI Albert La Dépendance, Gallimard, 1979.
- MENDELSON B. La Victimologie, RICPT 1956, vol. X, n° 2, p. 95.

- MERLE Roger / VITU André      Traité de droit criminel, tome I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Paris, Cujus, 3<sup>e</sup> éd., 1978.
- MEZGER Edmund                    Strafrecht, Besonderer Teil, Munich et Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 7<sup>e</sup> éd., 1960 (dernière édition : cf. Blei).
- MOSER Werner                    Die Beschimpfung nach schweiz. Strafrecht, thèse, Zurich, 1953.
- MÜNCH Hans                      Bundesrechtswidrige Bestimmungen des zürcherischen Ehrverletzungsprozesses, RSJ 45 p. 49.
- DE MAUROIS Louis                Diffamation et injures envers les collectivités, Rev. science crim. 1948 p. 1.
- NIETHAMMER Emil                Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts, Mohr, Tübingen, 1950.
- NOLL Peter                        Strafprozessrecht, Zürich, Schulthess, 1977 ; cité : *Noll*.
- Der subjektive Tatbestand der Gefährdung des Lebens nach Art 129 des Strafgesetzbuches, RPS 69 p. 19.
- Satirische Ehrverletzungen, BJM 1959, p. 3.
- OETTINGER Hans                 Abschaffung der Privatklage im Basler Strafverfahren, RDS 40 p. 456.
- Anklagetätigkeit des Privaten im Strafprozess, unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Basler Recht, thèse, Berne, 1914 ; cité : *Oettinger*.
- OLSHAUSEN Iustus                Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin, 1927.
- PATRY Robert                    Précis de droit suisse des sociétés, Berne, Stämpfli, vol. I 1976, vol. II 1977.
- PERRIN André                    A propos de l'art 173 CP, RPS 64 p. 416.
- PETERS Karl                      Strafprozess, Ein Lehrbuch, Heidelberg et Karlsruhe, C.F. Müller, 3<sup>e</sup> éd., 1981.
- PFENNINGER Hans-Felix         Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes, Zürich, Schulthess, 1966 ; cité : *Pfenninger*.
- Zehn Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch, RSJ 49 p. 217-224, 237-240.
- Zur Teilrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches, RSJ 46 p. 49.
- Nochmals : Antragsfrist und Sühnvorstand bei Ehrverletzungen, RSJ 44 p. 301.
- Zur Frage : Antragsfrist und Sühnvorstand bei Ehrverletzungen, RSJ 42 p. 333.
- Antragsfrist und Sühnvorstand bei Ehrverletzungen, RSJ 41 p. 281.
- Zum Strafantrag im schweizerischen Strafgesetzbuch, RSJ 40 p. 245.
- Das Materialprinzip des modernen Strafprozessrechtes, RPS 31 p. 61.
- PONCET Dominique                Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté, Genève, Librairie de l'Université, 1978.

REHBERG Jörg/ HAUSER Robert	Strafrecht I, Verbrechenslehre, Zurich, Schulthess, 2 <sup>e</sup> éd., 1980 ; cité : <i>Rehberg I.</i>
REHBERG Jörg	Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich, Schulthess, 2 <sup>e</sup> éd., 1980 ; cité : <i>Rehberg III.</i>
—	Der Srafantrag, RPS 85 p. 247.
ROEDER Hermann	Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt, Festschrift zum 70. Geburtstag von Reinhart Maurach, Karlsruhe, Müller, 1972, p. 347.
ROGUIN Ernest	La règle de droit, F. Rouge, Lausanne-Paris-Leipzig, 1889.
ROTH Jürg	Der strafrechtliche Schutz der Ehre von Personenmehrheiten, thèse, Lang, Berne, 1974.
SALADIN Peter	Der Ehrenschutz durch gerichtliche Feststellung der Unwahrheit ehrenrühiger Behauptungen, RPS 77 p. 182.
SCHAEFFER August	Beleidigung, dans : Leipziger Kommentar, Berlin, de Gruyter, 8 <sup>e</sup> éd., 1958.
SCHENITZA Philipp	Die Beleidigung von Personenverbänden nach schweizerischen Recht, thèse, Zurich, 1925.
SCHLATTER Arnold	Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, dans : Aargauisches Strafprozessrecht, Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins, Aarau, Keller, 1961, p. 97.
SCHMITT Rudolf	Die Kollektivbeleidigung, JuS 1968 p. 468.
SCHNEIDER Roland Max	Der Ehrverletzungsprozess im thurgauischen Recht, thèse, Juris, Zurich, 1977.
SCHREIBER Paul	Streizüge im Ehrverletzungsrecht, RPS 63 p. 39.
SCHULTZ Hans	Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Berne, Stämpfli, 3 <sup>e</sup> éd., 1977 ; cité : <i>Schultz.</i>
—	Marksteine in der Weiterbildung des Rechts durch die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes, dans : Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse (Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses), Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1975, p. 231, spéc. p. 242 ; cité : <i>Schultz, Marksteine.</i>
—	Die Strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1970, RSJB 107 p. 449, spéc. p. 468.
—	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Strafsachen im Jahre 1960, RSJB 98 p. 97.
SCHWANDER Vital	Das schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich, Polygraphischer Verlag, 2 <sup>e</sup> éd., 1964 ; cité : <i>Schwander.</i>
—	Freiheit und Bindung des Richters in Auslegung der gesetzlichen Vorschriften über die Vergehen gegen die Ehre, RPS 75 p. 152.
SCHWEIZER Margrit	Die Mitwirkung Privater bei der Strafverfolgung, thèse, Zurich, 1940.
SEILER Karl	Die Unteilbarkeit des Strafantrages im Ehrverletzungsprozess, RSJ 49 p. 300.

- STOSS Carl Vorentwurf mit Motiven, traduit par Alfred Gautier, Berne, Stämpfli, 1894 ; cité : *Stooss, Motifs*.
- Die Grundzüge des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bâle et Genève, von H. Georg, 1892/93 ; cité : *Stooss, Grundzüge*.
- STRATENWERTH Günter Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Berne, Stämpfli, 2<sup>e</sup> éd., 1978.
- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat, Berne, Stämpfli, 1982.
- STRÄULI Hans Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege, III. Teil, Strafprozessordnung, Zürich, Schulthess, 1924.
- STREHLE Ernst Die Kollektivbeleidigung im schweizerischen und deutschen Recht, thèse, Zurich, 1938.
- TARDU Maxime La protection juridique des groupes sociaux contre la propagande d'hostilité, RIDP 1956 p. 59.
- THORMANN Philipp/  
VON OVERBECK Alfred Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Besondere Bestimmungen (Art 111-332), Einführung und Anwendung des Gesetzes (Art 333-401), Zürich, Schulthess, 1941.
- TUOR Peter/  
SCHNYDER Bernhard Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, Schulthess, 9<sup>e</sup> éd., 1979.
- WÄCKERLING Carlo Die Sorge für den Verletzten im Strafrecht, thèse, Zurich, 1946.
- WAGNER Heinz Beleidigung eines Kollektivs oder Sammelbeleidigung ? JuS 1978 p. 674.
- WAIBLINGER Max Das Strafverfahren für den Kanton Bern, Merkur, Langenthal, 1937 ; cité : *Waiblinger*.
- Die Rechtssprechung des Bundesgerichts im Jahre 1945, RSJB 83 p. 369, spéc. p. 378.
- WELZEL Hans Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, Berlin, de Gruyter, 11<sup>e</sup> éd., 1969 ; cité : *Welzel*.
- Über die Ehre von Gemeinschaften, ZStW 57 p. 28.
- WIELAND Gieri Der bündnerische Ehrverletzungsprozess, thèse, Fribourg, 1968.
- WINTER Herbert Die falsche Beweisaussage der Partei nach Art 306 StGB, thèse, Zurich, 1974.
- WOLFF Ernst A. Ehre und Beleidigung, ZStW 81 p. 886.
- ZÜRCHER Emil Exposé des motifs de l'Avant-projet de Code pénal suisse d'avril 1908, traduit par Alfred Gautier, Berne, Stämpfli, 1912.

## LOIS FÉDÉRALES

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)  
Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)  
Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0)  
Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)

## LOIS CANTONALES

Appenzell  
Rhodes-Extérieures Code de procédure pénale du 30 avril 1978

Appenzell  
Rhodes-Intérieures Code de procédure civile du 24 avril 1949

Argovie Code de procédure pénale du 11 novembre 1958

Bâle-Campagne Code de procédure pénale du 30 octobre 1941/21 décembre 1959

Bâle-Ville Code de procédure pénale du 15 octobre 1931/25 janvier 1966

Berne Code de procédure pénale du 20 mai 1928

Fribourg Code de procédure pénale du 11 mai 1927  
Loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1949

Genève Code de procédure pénale du 29 septembre 1977  
Loi d'application du code pénal et de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, du 14 mars 1975  
Loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941

Glaris Code de procédure pénale du 2 mai 1965  
Code de procédure civile du 2 mai 1965

Grisons Code de procédure pénale du 8 juin 1958

Jura Code de procédure pénale du 9 novembre 1978

Lucerne Code de procédure pénale du 3 juin 1957/14 mai 1974

Neuchâtel Code de procédure pénale du 19 avril 1945

Nidwald Code de procédure pénale du 3 juillet 1976  
Code de procédure civile du 11 juillet 1970

Obwald Code de procédure civile du 9 mars 1973  
Loi sur l'organisation judiciaire du 4 mars 1973

Saint-Gall Code de procédure pénale du 9 août 1954

Schaffhouse Loi d'introduction au Code pénal suisse du 22 septembre 1941  
Code de procédure pénale du 3 mars 1909

Schwyz Code de procédure pénale du 28 août 1974

Soleure Code de procédure pénale du 7 juin 1970  
Loi sur l'organisation judiciaire du 13 mars 1977

Tessin Code de procédure pénale du 10 juillet 1941

Thurgovie Code de procédure pénale du 30 juin 1970  
Code de procédure civile du 19 octobre 1926

Uri Code de procédure pénale du 29 avril 1980  
Code de procédure civile du 29 mars 1928/28 juin 1963

Valais Code de procédure pénale du 22 février 1962  
Loi d'application du Code pénal suisse, du 25 novembre 1940

Vaud Code de procédure pénale du 12 septembre 1967

Zoug Code de procédure pénale du 3 octobre 1940  
Code de procédure civile du 3 octobre 1940  
Loi sur l'organisation judiciaire du 3 octobre 1940

Zurich Code de procédure pénale du 4 mai 1919

Toutes les lois ont été considérées en leur état au 30 juin 1981.

## ABRÉVIATIONS

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
Bull. stén.	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale (CN = Conseil national ; CE = Conseil des Etats)
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CPS	Code pénal suisse
Cst. féd.	Constitution fédérale
D.P.	Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, Dalloz
Extr. FR	Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
f.p.	Le fonctionnaire de police
GVP SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
JT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
Kriminalistik	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
LaCP	Loi d'application du code pénal
LiCP	Loi d'introduction au code pénal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OG LU	Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern
OJ	Loi d'organisation judiciaire
p.-v. 1 <sup>re</sup> Comm. exp.	Procès-verbal de la Première Commission d'experts
p.-v. 2 <sup>e</sup> Comm. exp.	Procès-verbal de la Deuxième Commission d'experts
RDS	Revue de droit suisse
Rech. TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Thurgau
Rech. ZG	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zug
Rec. ONU	Recueil des Traités et accords enregistrés ou classés et inscrits au répertoire, au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rev. science crim.	Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé
RICPT	Revue internationale de Criminologie et de Police technique
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâtelaise
RPS	Revue pénale suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
Sem. Jud.	Semaine judiciaire
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Les références notées sans abréviation (exemple : 92 IV 94) se rapportent au Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral.

## INTRODUCTION

### *Objet de l'étude*

1. Le délinquant est le centre de gravité du droit criminel et de la procédure pénale. L'objet principal du droit pénal est de définir l'attitude de l'Etat face au délinquant : punir, guérir, prévenir ou « laisser faire ». La fonction essentielle du procès pénal est de fixer le sort du prévenu : acquitter, absoudre ou condamner. En droit matériel comme en droit de procédure, la victime d'une infraction est, par rapport à l'auteur (préssumé ou reconnu comme tel), un acteur secondaire.

2. En cas de délit contre l'honneur, la situation est différente. L'honneur est un bien extrêmement vulnérable. On ne peut ni l'enfermer dans un coffre-fort, ni contracter une assurance à son sujet. Il est toujours nu et exposé à la médisance. En ce domaine plus qu'en tout autre, le droit criminel devra prendre en considération les intérêts de la victime. En outre, dans le prétoire, il arrivera souvent que ce ne soit plus l'inculpé, mais le lésé, qui aura le rôle principal. Non pas que la fonction de plaignant devienne tout à coup prépondérante en soi, mais le véritable accusé, en cas de délit contre l'honneur et vu la possibilité offerte à l'auteur d'administrer la preuve de ses allégations, est souvent la victime elle-même : quand X accuse Y d'être un assassin, l'acte reproché à Y (assassinat) est plus grave que le délit contre l'honneur que commet X, de sorte que les rôles sont, en fait, inversés.

La position juridique de la victime de l'atteinte à l'honneur mérite donc un examen particulier. L'objet de notre étude est de définir – selon le droit positif suisse – cette situation. Celle-ci dépend essentiellement des trois questions suivantes : qu'est-ce que l'honneur (première partie), qui le possède (deuxième partie) et comment est traitée la victime de l'atteinte à l'honneur en procédure pénale (troisième partie) ?

La victime d'une atteinte à l'honneur est certes aussi concernée par le fait que l'auteur puisse administrer la preuve de la vérité de ses dires ou celle de sa bonne foi : l'issue du procès et l'honneur du lésé dépendront souvent de cette procédure. Nous n'aborderons toutefois pas cette question : *l'exceptio veritatis* intéresse en premier lieu le prévenu, sa fonction étant de le disculper. Du reste, une thèse a été publiée récemment à ce sujet.<sup>1</sup>

Nous nous limiterons à une analyse du droit positif. Nous partirons de l'hypothèse qu'un délit contre l'honneur a été commis et nous tenterons d'en dégager les effets juridiques principaux quant à la victime. Nous ne chercherons pas, selon l'optique des victimologues, les facteurs déterminants de la « victimité »<sup>2</sup> ; nous n'envisagerons pas la criminalité « sous l'aspect de la personnalité de la victime du point de vue préventif et curatif, biologique, psychologique et sociologique »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Frei.

<sup>2</sup> Mendelsohn p. 103.

<sup>3</sup> Mendelsohn p. 97.

Enfin, il nous semble fondamental, avant de traiter de toute question relative aux articles 173 à 178 CPS, de préciser la nature des délits contre l'honneur, en réfutant une conception généralement admise à ce propos.

### *Nature des délits contre l'honneur*

3. La nature des délits contre l'honneur se détermine principalement selon une double distinction.

On oppose d'abord les *délits de lésion* (Verletzungsdelikte) aux *délits de mise en danger* (Gefährdungsdelikte). Dans les délits de lésion, l'acte délictueux atteint effectivement le bien juridiquement protégé. En revanche, la mise en danger de ce bien suffit à réaliser les autres infractions. On distingue, en outre, la mise en danger *abstraite* de la mise en danger *concrète*. Lorsque la loi sanctionne une mise en danger abstraite, elle punit un comportement qui est dangereux en général, sans l'être au cas particulier. Si elle exige un danger concret, au contraire, l'accusateur devra prouver, dans chaque espèce, que l'action de l'auteur met bel et bien en danger le bien de la victime ; le danger doit être déterminé. Comme le note Schwander<sup>1</sup>, la différence entre les deux concepts tient essentiellement à l'intensité du danger, au degré de vraisemblance de la lésion future : le danger est abstrait quand l'atteinte effective au bien est « possible » ; il est concret si elle est « très possible » ou « vraisemblable selon le cours ordinaire des choses ».<sup>2</sup>

D'autre part, on distingue les *délits matériels* (Erfolgdelikte) des *délits formels* (schlichte Tätigkeitsdelikte). Le délit est matériel quand le résultat produit par l'auteur est érigé en élément constitutif du délit. Il est en revanche formel si « la loi réprime un comportement comme tel sans prendre en considération le résultat ».<sup>3</sup>

D'après le TF, les infractions contre l'honneur sont des délits de *mise en danger abstraite* : « Une atteinte effectivement portée à l'honneur n'est pas un élément constitutif du délit ».<sup>4</sup> Ce point de vue implique que les atteintes à l'honneur constituent des *délits formels*.<sup>5</sup>

4. Cette jurisprudence est contestable. D'abord nous pensons que les articles 173 à 178 CPS sanctionnent des *délits de lésion*<sup>6</sup> (d'une nature certes particulière, cf. n° 6). Les infractions de mise en danger sont en général des tentatives – au sens large – d'autres délits, érigées en infractions *sui generis*. Ceci implique que, dès qu'une lésion effective du bien intervient, un autre délit, plus grave (à savoir un délit de lésion), est nécessairement réalisé. Par exemple, les articles 129 CPS (mise en danger de la vie d'autrui), 237 CPS (entraver la circulation publique) ou 223 CPS (explosion) répriment notamment la mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle des personnes. Or, si ces biens sont effectivement touchés, d'autres délits (homicide, lésions corporelles) seront retenus – soit exclusivement, soit en concours idéal avec le délit de mise en danger, quand celui-ci protège en outre d'autres biens.<sup>7</sup>

Il est plus grave de tuer intentionnellement un homme que de mettre sa vie en danger ; aussi la loi pénale qualifie et réprime différemment ces deux actes. De même, il est objectivement et subjectivement plus grave d'atteindre l'honneur de

<sup>1</sup> Schwander n° 152.

<sup>2</sup> 103 IV 243 ; 97 IV 209 et les arrêts cités ; Noll, RPS 69 p. 20.

<sup>3</sup> 97 IV 208.

<sup>4</sup> 103 IV 22 = JT 1978 IV 50 ; cf. dans le même sens 98 IV 98.

<sup>5</sup> Rehberg I p. 49.

<sup>6</sup> Cf., dans le même sens, concernant l'injure, Schwander n° 617.

<sup>7</sup> 76 IV 125.

quelqu'un que de le lui mettre en danger. Or, c'est faire totalement abstraction de cette différence de gravité que de qualifier les infractions contre l'honneur de délits de mise en danger : quand l'honneur est effectivement atteint, on n'applique pas d'autres dispositions que les articles 173 à 178 CPS. Si ces articles sanctionnaient réellement des délits de mise en danger, c'est-à-dire des tentatives d'autres délits érigées en infractions *sui generis*, ils ne s'appliqueraient pas lorsque l'honneur est réellement souillé. Ceux qui considèrent les atteintes à l'honneur comme des délits de mise en danger admettent en fait que la simple « mise en danger » d'un bien n'est pas plus répréhensible que sa lésion effective et qu'elle ne doit pas être punie plus sévèrement, sinon en vertu du pouvoir d'appréciation donné au juge par l'article 63 CPS. Ce point de vue ne peut, à notre avis, être admis.

En outre, le fait que le Code pénal subordonne la poursuite des délits contre l'honneur au dépôt d'une plainte, de la part de la victime, exclut l'idée de mise en danger abstraite. Seul celui qui est lésé dans son bien juridiquement protégé a qualité pour porter plainte (art. 28 CPS). Or, personne n'est jamais lésé par une mise en danger abstraite.<sup>1</sup>

5. Ensuite, nous pensons que les atteintes à l'honneur sont des *délits matériels*. Quand l'infraction est formelle, elle est consommée même si l'activité délictueuse reste sans résultat. Ainsi, il ne peut y avoir, en cas de délit formel, ni de délit manqué, ni de repentir actif, au sens de l'article 22 CPS : ces notions supposent un résultat.<sup>2</sup> Par exemple, un délit manqué et un repentir actif sont impossibles en cas de viol<sup>3</sup> ou d'enlèvement de mineur.<sup>4</sup>

Or, celui qui commet un délit contre l'honneur peut manifester un repentir actif, de sorte que le juge pourra atténuer la peine, voire l'exempter de toute peine. Cette règle, plus large que celle de l'article 22 CPS, est formulée aux articles 173 ch. 4 et 174 ch. 3 CPS. Il s'agit d'un cas particulier de repentir actif<sup>5</sup> : l'auteur, en reconnaissant la fausseté de ses allégations et en les rétractant, aura effectivement « empêché ou contribué à empêcher que le résultat ne se produise », au sens de l'article 22 CPS. On est donc dans la catégorie des délits matériels.

En cas de délits formels, la loi réprime le risque créé, l'activité dangereuse de l'auteur en tant que telle. Force est de constater que tel n'est pas le cas en matière d'infraction contre l'honneur, puisque le délinquant peut bénéficier du fait qu'il répare le préjudice causé. Le résultat y est donc un élément constitutif du délit.

6. Il s'agit néanmoins de délits (matériels) de lésion d'une nature particulière. Il est quasi impossible de savoir quand l'honneur est effectivement atteint. C'est pourquoi la loi a institué une présomption de résultat : on considère qu'il l'est chaque fois que sont émises des allégations *propres* à l'atteindre.

Cette présomption de résultat est réfragable : l'accusé a la possibilité d'administrer la preuve de la vérité de ses allégations. Il peut montrer, en d'autres termes, que l'honneur de la prétendue victime n'existe pas, donc que le résultat dommageable ne s'est pas produit (art. 173 ch. 2 et 3 CPS).

En résumé, les infractions contre l'honneur sont des *délits (matériels) de lésion, dans lesquels le résultat est présumé*.

<sup>1</sup> On objectera qu'il est possible de porter plainte pour *tentative* et qu'alors le lésé n'est pas véritablement atteint dans son bien protégé. Or, cette hypothèse représente un cas de mise en danger *concrète*.

<sup>2</sup> Logoz, *gén.* p. 117 ; Schultz p. 252.

<sup>3</sup> 101 IV 3 ; BJP 1956 n° 3.

<sup>4</sup> 91 VI 233.

<sup>5</sup> Logoz, *spéc.* p. 249 ; Schwander n° 616 ; Stratenwerth p. 128.

7. Quelles différences y a-t-il entre le concept de présomption de résultat, tel que nous le proposons, et celui de mise en danger, tel qu'il est admis en doctrine et en jurisprudence ? Nous en voyons essentiellement deux. D'abord, les deux concepts n'ont pas la même *fonction*. La notion de mise en danger a été construite afin de prévenir des situations dangereuses, en punissant le risque créé. Celle de présomption de résultat l'a été parce qu'il est difficile de déterminer quand le bien protégé – en l'occurrence l'honneur – est véritablement atteint. En principe, la mort ou l'atteinte à l'intégrité corporelle se constatent aisément ; en revanche, la lésion de l'honneur ne se perçoit pratiquement jamais de l'extérieur.

Ensuite, les deux notions n'ont pas les mêmes *effets*. Dans un délit de mise en danger abstraite, il n'est pas nécessaire que le bien d'une personne déterminée ait été effectivement menacé par l'acte de l'auteur. Il suffit que cet acte soit dangereux en général. Par exemple, celui qui conduit une automobile en étant ivre peut être puni (art. 91 LCR), quand bien même il était seul sur la route et que la vie de personne n'a été réellement mise en danger. Aussi, en admettant que les atteintes à l'honneur sont des délits de mise en danger abstraite, doit-on conclure que l'infraction peut se réaliser même si l'honneur d'aucune personne déterminée n'est mis en danger.

En revanche, la notion de présomption de résultat que nous proposons implique que la victime de l'atteinte à l'honneur est une *persona certa*. Nous rejoignons ici Stratenwerth, qui note que, tant que la victime n'est pas déterminée, l'infraction ne peut pas être commise.<sup>1</sup> Seul est présumé l'effet dommageable de l'expression de l'auteur et non pas la personne de la victime. Nous mesurerons toute l'importance de cette conséquence aux nos 116 ss.

<sup>1</sup> Stratenwerth p. 114.

## PREMIÈRE PARTIE LA NOTION DE L'HONNEUR

## CHAPITRE PREMIER LES BIENS JURIDIQUEMENT PROTÉGÉS

### *Section première La théorie de l'honneur effectif et la théorie normative*

#### *1. La théorie de l'honneur effectif*

8. Une première manière de déterminer les objets de l'atteinte à l'honneur est celle de la *théorie de l'honneur effectif* (faktische Ehrauffassung).<sup>1</sup> Au départ, cette théorie, qui domine en droit suisse, postule que la seule vraie valeur intrinsèque de l'individu, l'« honneur interne », est soustraite à l'influence des tiers. L'honneur interne ne peut être ni diminué, ni augmenté par l'attitude d'autrui ; il dépend du seul comportement de son titulaire.<sup>2</sup> L'honneur interne échappe par sa nature à toute réglementation juridique. Il serait trop ambitieux de vouloir circonscrire une valeur aussi intime et aussi incommensurable. Il serait surtout inutile que le droit protège un bien qui, par définition, est à l'abri de toute lésion.

L'honneur au sens juridique, l'« honneur externe », est tout d'abord un fait<sup>3</sup> : une appréciation, une représentation, une *opinion*. Brügger, par exemple, introduit la notion de l'honneur en comparant la valeur de l'homme à la valeur économique d'un objet. Dans les deux cas, note cet auteur, la « valeur » provient des deux mêmes facteurs : du besoin éprouvé par un sujet concernant un objet et des propriétés même de cet objet, qui permettent de satisfaire le besoin en cause.<sup>4</sup> On accomplit donc la même démarche intellectuelle lorsqu'on évalue la valeur marchande d'un bien qu'en estimant la valeur de quelqu'un. L'honneur de l'homme est l'image de sa personnalité aux yeux d'autrui.<sup>5</sup> Ainsi, Huber parle de « Charakterbild ».<sup>6</sup>

Le cheminement d'Engelhard est plus typique encore : il consacre le premier chapitre de son ouvrage très touffu à démontrer, du point de vue psychologique, que la valeur d'un homme n'est qu'un « complexe de représentations ». L'honneur, dit-il, n'est pas une propriété de son titulaire, mais le sentiment, l'appréciation, l'impression que le titulaire suscite chez celui qui l'observe. C'est donc un « phénomène » qui est externe à celui qui est réputé posséder l'honneur : il ne se produit pas chez ce dernier, mais chez autrui. Engelhard fonde sa thèse sur deux arguments. Comme Brügger, il se réfère d'abord à la notion de valeur économique, pour en dégager des similitudes avec celle de valeur humaine ou, plus précisément, d'honneur externe. Il relève ensuite, qu'à l'origine, « honneur » signifiait « éclat » ; or, autant la « valeur économique » que l'« éclat » résultent d'appréciations

<sup>1</sup> Schwander n° 600 ; Hafter p. 179 ; Thormann/von Overbeck vor 173 N 1 ; Germann p. 303 ; Brügger p. 3 ss ; Huber, RSJ 61 p. 349 ; Strehle p. 10 ss ; Moser p. 331 ; Delaquis p. 214 ; Fuchs p. 24 ; Roth p. 28 ; Gross p. 2 ss ; Engelhard p. 14 ; von Liszt p. 323 ss.

<sup>2</sup> Schwander n° 600 ; von Liszt p. 323 ; Strehle p. 10 ; Roth p. 25 ; Delaquis p. 214 ; Gross p. 3 ; Logoz Bull. stén. CN 1929 p. 154 ; Gautier p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. exp. Vol. II p. 424.

<sup>3</sup> von Liszt p. 323.

<sup>4</sup> Brügger p. 5.

<sup>5</sup> Brügger p. 7.

<sup>6</sup> Huber, RSJ 61 p. 350.

« extérieures à l'objet ». L'honneur n'est pas une propriété en tant que telle, mais un effet sur le sujet. L'éclat n'existe que pour le sujet qui le ressent, écrit Engelhard.<sup>1</sup>

L'honneur externe, défini comme une opinion, se manifeste sous deux formes<sup>2</sup> : la *considération*, ou bonne réputation, ou renommée (appréciation que les tiers ont d'un être humain) et le *sentiment de l'honneur*, impression que son titulaire a de sa propre valeur.

## II. La théorie normative

9. La théorie dite normative se refuse à assimiler l'honneur à une simple opinion. Il est une valeur profonde, inhérente à son titulaire, abstraite et, surtout, un concept unique.<sup>3</sup> Les auteurs « normativistes », qui sont en majorité allemands, veulent en effet préserver l'unité de la notion de l'honneur. Or, cette unité n'existe pas, selon la théorie de l'honneur effectif, si et la bonne réputation et le sentiment de l'honneur sont érigés en biens juridiquement protégés.<sup>4</sup> Pour Frei, le fait qu'un tiers intervienne ou non dans la commission du délit n'est pas une raison suffisante pour distinguer deux notions de l'honneur. Il concède tout au plus que le sentiment de l'honneur et la bonne réputation sont des « effets » (*Reflexe*) de l'honneur dans l'esprit de son titulaire et des tiers.<sup>5</sup>

La théorie normative admet certes que l'honneur lui-même n'est pas atteint par l'infraction et que c'est plutôt la prétention à la respectabilité, le droit à l'estime qui en découle qui est susceptible de lésion.<sup>6</sup>

Comme on le voit, la théorie normative est, dans sa formulation, plus simple que la théorie de l'honneur effectif. Or, on peut déjà souligner l'enjeu de la controverse. Selon la conception normative, le droit à l'estime suppose l'existence d'un honneur réel, d'une valeur intrinsèque établie. La prétention à l'honneur ne sera protégée que si elle est fondée, méritée, justifiée.

Pour la théorie de l'honneur effectif, une telle exigence n'est pas requise. On protégera l'image de quelqu'un dès qu'il est établi qu'elle existe, mais sans qu'il soit besoin que cette image reproduise fidèlement la réelle valeur de son titulaire.

### Section 2 Les biens protégés par les articles 173, 174 et 177 CPS

La théorie de l'honneur effectif prétend protéger la *considération* – ou bonne réputation – et le *sentiment de l'honneur*. L'honneur lui-même, au sens normatif, est un autre bien susceptible de protection. Enfin nous verrons qu'un *droit à la discrétion* peut être envisagé (n° 18). Il faut déterminer, parmi ces quatre biens, ceux que protègent les articles 173 et suivants du Code pénal suisse.

<sup>1</sup> Engelhard p. 61.

<sup>2</sup> Il est vrai qu'il a existé une théorie moniste de l'honneur effectif. L'ancienne doctrine allemande ne connaissait que le sentiment de l'honneur (cf. Hirsch p. 14). Quant à von Liszt, il ne parle que de la considération acquise par la conduite dans la vie, la situation sociale.

<sup>3</sup> Stratenwerth p. 109 ; Frei p. 19 ; Rehberg III p. 102 ; Herdegen vor 185 N 4 ; Binding p. 136 ; Hirsch p. 17 ss ; Kaufmann p. 430 ; Flatten p. 9 ; Lenckner vorbem 185 N 2.

<sup>4</sup> Stratenwerth p. 108.

<sup>5</sup> Frei p. 20.

<sup>6</sup> Stratenwerth p. 109 ; Rehberg III p. 102 ; Roeder p. 350 ; Hirsch p. 30 ; Frei p. 20 ; Kaufmann p. 430 ; Flatten p. 9 ; Herdegen vor 185 N 13 ; Welzel p. 303 ; Binding p. 135. Pour Lenckner (vorbem 185 N 1) l'honneur lui-même est directement atteint.

## I. La considération (ou bonne réputation)

### a) Fondement et définition

10. La considération, telle qu'elle a été définie selon la théorie de l'honneur effectif (n° 8), est un bien que l'homme acquiert de la communauté dans laquelle il vit. Cette conception, devenue suspecte à la suite de l'usage qu'en firent les juristes du national-socialisme, est contestée par les auteurs les plus récents.<sup>1</sup> Elle se justifie néanmoins.

Hirsch<sup>2</sup> conteste que la communauté fonde l'existence de la considération car, dit-il, si tel était le cas, il suffirait de sortir ou d'être exclu de la communauté (État, classe sociale, peuple, paroisse, famille, associations diverses, mêmes illicites) pour être dépourvu de considération. À l'inverse, celui qui appartiendrait à plusieurs sociétés aurait d'autant plus de considération.

Hirsch se trompe : la considération n'émane pas de l'une ou l'autre communauté, mais de la société humaine toute entière. Il est vrai qu'à l'intérieur de cette société, certains groupes (par exemple des associations de malfaiteurs) nomment « honneur » ou « considération » ce qui n'est, comme le relève Hirsch, que la transposition d'un concept qui ressemble à l'honneur. Il est exact aussi que certains comportements sont considérés, dans des groupes donnés, comme très honorables, alors qu'ils sont immoraux, illicites, voire constituent des infractions pénales. Toutefois, cela ne modifie pas le fait que la considération résulte du jugement de la communauté. Savoir selon quels critères on appréciera la considération, donc déterminer quelles sont les valeurs tenues pour fondamentales dans telle société humaine, à telle époque (décider notamment s'il faut tenir compte des valeurs subculturelles) sont des questions qui concernent le contenu variable de la considération. Quelles qu'en soient les réponses, la considération reste toujours un « produit du groupe ». Notons d'ailleurs que la notion de subculture dans ce problème n'intéresse pas le juriste : l'ordre juridique, par essence et par définition, est exclusif. Il consacre les valeurs reconnues en principe par le corps social qui l'a édicté. Aussi, le fait que, par exemple, un homme tienne la vendetta pour un devoir filial générateur d'honneur sera sans importance dès lors que le droit rejette cette conception.

La considération résulte de deux facteurs : de l'exécution des obligations humaines et du jugement d'autrui à ce propos.

11. Il faut d'abord, pour apprécier la considération d'un homme, mettre en relation le nombre d'obligations qui lui incombent avec le nombre de celles qu'il a remplies. Autrement dit, la considération dépend d'un rapport, d'un taux, d'un *quotient*. Schématiquement (car il faudrait, en outre, tenir compte de l'intensité et du genre des devoirs), celui-ci se calcule en divisant la somme des devoirs accomplis par le total des devoirs à accomplir. Plus ce quotient est proche de un, plus la considération est élevée. Néanmoins, *quisquis praesumitur bonus* : on présume que chacun exécute ses obligations. Par conséquent, on doit dire, avec Roth, que la bonne réputation doit être comprise comme l'absence de mauvaise réputation.<sup>3</sup> La considération se définit négativement. Les puristes compléteront donc ainsi notre précédente affirmation : la considération équivaut à la différence entre le nombre

<sup>1</sup> Roth p. 19 ; Hirsch p. 45 ss.

<sup>2</sup> Hirsch p. 45 ss.

<sup>3</sup> Roth p. 29.

un et le quotient défini ci-dessus. Plus cette différence est petite, plus la considération est grande.

Concrètement, cela signifie que celui qui ne fait l'objet d'aucune opinion, d'aucun jugement de valeur de la part d'autrui, jouit d'une entière considération. En outre, puisque la considération ne s'apprécie que relativement, un clochard n'en est pas plus dépourvu qu'un ministre, à supposer qu'ils remplissent la même proportion de leurs devoirs respectifs. Nous examinerons aux nos 61 ss si les personnes qui ne sont tenues par aucune obligation possèdent une considération.

12. Ensuite, la considération provient du jugement d'autrui. Cependant, il faut souligner avec Brügger, que la similitude entre l'appréciation de la valeur économique d'un bien, par exemple, et le jugement porté sur un homme n'existe que dans une mesure limitée.<sup>1</sup> La considération est la représentation de la *valeur interne* d'une personne. Or, les choses ne possèdent pas cette valeur interne. La valeur attribuée à un esclave, par exemple, ne constituait pas de la considération, car on ne jugeait pas son honneur interne, mais son seul rendement économique. *Il n'y a pas d'honneur externe sans honneur interne.*

Il ne semble guère contestable, d'un point de vue de politique criminelle, que la considération mérite protection. On peut y voir un droit individuel<sup>2</sup>, une motivation puissante à l'accomplissement des devoirs sociaux et moraux<sup>3</sup>, une condition nécessaire au développement des rapports de confiance qui fondent la vie en commun.<sup>4</sup> Avec Engelhard<sup>5</sup>, constatons que le comportement d'autrui à l'égard d'un homme est en fait souvent déterminé par la réputation de ce dernier. En tout cas, comme nous le montrerons, le législateur suisse a jugé opportun de protéger pénalement ce bien.

## b) Réfutation des critiques émises par les tenants de la théorie normative

La doctrine normative argumente essentiellement de trois manières pour dénier à la considération la valeur de bien juridiquement protégé.

13. Stratenwerth<sup>6</sup> tient le raisonnement suivant : la loi réserve la possibilité d'administrer la preuve de la vérité ; par conséquent, elle ne protège pas la considération. En effet, la considération peut être totalement détruite par des allégations véridiques.

Nous pensons au contraire que la loi, en réservant la possibilité de soulever l'*exceptio veritatis*, n'exclut pas la protection de la considération, mais la confirme plutôt. Simplement, puisque la considération est présumée (no 12), la procédure prévue aux chiffres 2 et 3 de l'art. 173 CPS permet à l'accusé de détruire cette présomption et d'établir donc que la considération du plaignant fait défaut. Il est évident que la considération ne sera pas protégée si elle n'existe pas. Or, tel est précisément le cas quand les assertions de l'auteur sont vraies.

<sup>1</sup> Brügger p. 6.

<sup>2</sup> Delaquis p. 214 ; Moser p. 37.

<sup>3</sup> Gross p. 4.

<sup>4</sup> Strehle p. 11.

<sup>5</sup> Engelhard p. 78.

<sup>6</sup> Stratenwerth p. 109.

14. Frei et Hirsch<sup>1</sup> remarquent que la réputation peut disparaître à la suite d'une diffamation ou d'une calomnie; si elle était le bien protégé par la loi, poursuivent-ils, on pourrait propager impunément une calomnie ou une diffamation (puisque le bien protégé n'existerait plus); or, le droit pénal moderne réprime cette propagation; il protège donc un *autre bien* que la considération. Hirsch<sup>2</sup> tire même un parallèle avec les lésions corporelles: si on transpose la théorie de l'honneur effectif dans le domaine des lésions corporelles, cela signifierait que la victime d'une première lésion ne serait plus protégée contre les suivantes. La comparaison est abusive car, en cas de lésions corporelles, l'accusateur doit prouver le dommage, alors qu'en matière d'infraction contre l'honneur, le résultat est présumé.

Surtout, il faut souligner que Frei et Hirsch méconnaissent le but d'une répression de la propagation de calomnie ou de diffamation. La considération n'est jamais *totale*ment détruite par une première atteinte. Une propagation entraîne, dans tous les cas, une *nouvelle* diminution de la considération. Il serait faux de comparer cette dernière à un bien matériel qui, lui, peut être complètement anéanti par un acte délictueux. Ainsi, la propagation de diffamation ou de calomnie peut confirmer une première atteinte à la considération (ce qui représente en soi une nouvelle atteinte), peut viser une autre facette de la considération ou agrandir le cercle des personnes mises au courant. La répression de la propagation de calomnie ou de diffamation sert donc effectivement à protéger la considération.

15. Hirsch<sup>3</sup> juge enfin inacceptable que la réputation puisse être en contradiction avec l'honneur interne. Elle sera en effet, par rapport à la valeur réelle d'un être humain, soit trop bonne, soit trop mauvaise: un criminel dont la réputation est intacte est dans une meilleure situation qu'un homme intègre mais trop maladroit pour préserver intégralement son image.

Roth et Gross<sup>4</sup> sont aussi troublés par cette possibilité. Ils proposent d'achever que seule la considération correspondant à l'honneur interne soit protégée. Ils introduisent là une subtilité illogique (l'honneur interne a été qualifié, au départ, d'indéfinissable et d'incommensurable) et inutile: il faut que la considération existe bel et bien pour qu'elle soit protégée. Nous avons vu que la loi prévoit justement, à l'art. 173 ch. 2 et 3 CPS, la possibilité de contrôler que la considération existe réellement.

Il faudra par conséquent vérifier l'existence de la considération de la personne en cause, au regard des faits allégués et non pas de manière générale. On ne diffame pas Mesrine en lui imputant tel assassinat qu'il a commis ou en le traitant seulement d'assassin; on diminue en revanche sa considération en l'accusant d'un crime dont il n'est pas l'auteur.

Une dernière objection disparaît donc: l'homme de mauvaise réputation est-il protégé? Oui, puisque seule la réputation à laquelle l'allégation de faits se rapporte entre en ligne de compte. Une personne malfamée peut jouir d'une parfaite considération sur tel ou tel aspect précis des choses.

La référence de Moser à la dignité humaine<sup>5</sup> (qui serait un bien subsidiaire dont jouirait tout être humain) peut donc être abandonnée. Nous nous en félicitons, car ériger la dignité humaine en bien subsidiairement protégé, c'est rendre superflue l'existence de tout autre bien protégé.

<sup>1</sup> Frei p. 20; Hirsch p. 22.

<sup>2</sup> Hirsch p. 37.

<sup>3</sup> Hirsch p. 17.

<sup>4</sup> Roth p. 28; Gross p. 5.

<sup>5</sup> Moser p. 39.

c) Le bien juridiquement protégé de la diffamation et de la calomnie

16. Nous concluons donc, avec le Tribunal fédéral<sup>1</sup>, que les articles 173 et 174 CPS protègent la considération au sens de la théorie de l'honneur effectif. (Nous traiterons plus loin de l'injure : nos 20-27).

Les travaux préparatoires sont clairs à ce sujet. L'avant-projet Stooss de 1894 parle de « réputation », celui de la Première Commission d'experts, de « bonne renommée », celui du Département fédéral de justice et police de 1903 revient à « réputation », de même que la version définitive de la Deuxième Commission d'experts (version introduite par la commission de rédaction)<sup>2</sup> et que le projet du Conseil fédéral. Stooss<sup>3</sup>, Gautier<sup>4</sup>, Lang<sup>5</sup>, Thormann<sup>6</sup> et Logoz<sup>7</sup> précisent tous que le bien protégé par la loi est la bonne réputation. Certains, tels que Gautier et Logoz, parlent d'« honneur externe ».

17. En outre, il faut souligner aussi que *seule* la considération est protégée aux articles 173 et 174. Commet une diffamation « celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération » (art. 173). Il ne faut pas voir dans cette formulation une protection simultanée et de la considération et de l'honneur au sens normatif. L'unique bien protégé est la considération, laquelle peut être atteinte *notamment* par l'accusation de tenir une conduite contraire à l'honneur. Mais elle peut l'être différemment. Cela ressort de la proposition « tout *autre* (nous soulignons) fait propre à porter atteinte à la considération ».

Cette interprétation est aussi étayée par les travaux préparatoires. L'avant-projet Stooss de 1894 avait la teneur suivante : « Celui qui, par des allégations, aura attribué à autrui une conduite contraire à l'honneur ou de graves défaillances morales, celui qui aura propagé de pareilles allégations *de façon à* (nous soulignons) compromettre ou à tenir la réputation de la personne visée... ». Et Stooss précisait : « Le projet protège les personnes contre les imputations par lesquelles une conduite contraire à l'honneur ou de graves défaillances morales leur sont reprochées, *pourvu que* (nous soulignons) ces imputations soient de nature à menacer ou à ternir la renommée de la victime. (...) Le juge aura donc à scruter soigneusement dans chaque cas si les allégations ont mis en péril ou terni la réputation de celui qu'elles visaient. »<sup>8</sup>

Il est vrai que l'avant-projet de la Première Commission d'experts allait introduire une équivoque (« aura par ses allégations imputé à autrui une conduite contraire à l'honneur, de graves défaillances morales ou des faits propres à nuire à sa bonne renommée ») que le texte allemand contient aussi (« ein unehrenhaftes Verhalten, schwere sittliche Gebrechen oder Tatsachen, die geeignet sind, seinen guten Ruf zu schädigen... ») : sont-ce seulement les faits ou aussi la conduite contraire à l'honneur qui doivent être propres à nuire à la bonne renommée ?

<sup>1</sup> 92 IV 101 ; 77 IV 98.

<sup>2</sup> P.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. VII p. 261.

<sup>3</sup> Stooss, Motifs, 1894 p. 319 ; p.-v. 1<sup>re</sup> Comm. d'exp. partie spéc. p. 79.

<sup>4</sup> Gautier, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. II p. 424, Vol. VII p. 264.

<sup>5</sup> Lang, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. II p. 425.

<sup>6</sup> Thormann, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. VII p. 278.

<sup>7</sup> Logoz, Bull. Stén. CN 1929 p. 154.

<sup>8</sup> Stooss, Motifs, p. 319-320.

La Deuxième Commission d'experts proposa l'adjonction des termes « autres faits », expression qui figurera – au singulier – dans le projet du Conseil fédéral et deviendra le texte du droit positif, dissipant ainsi tout doute possible.

Surtout, personne, au cours de ces péripéties pré-parlementaires, n'a contesté ni n'a remis en cause l'interprétation initiale de Stooss, citée ci-dessus. Les Chambres n'aborderont même pas ce problème. Cela nous autorise à soutenir que l'idée de Stooss, selon lequel seule la considération est protégée, a aujourd'hui force de loi.

## II. Le droit à la discrétion

18. On a proposé en Allemagne, au nom du « Friedenschutz », que la réputation, même inexistant, soit protégée. Il s'agirait dès lors de supprimer toute possibilité de soulever l'*exceptio veritatis*. Le bien juridiquement protégé serait non seulement l'honneur ou la considération, mais aussi le droit à la discrétion.<sup>1</sup>

*De lege ferenda*, une telle institution se comprend. Certains faits, très intimes (par exemple les secrets d'alcôve), ne doivent pas être révélés, même s'ils sont vrais. En outre, la procédure de l'*exceptio veritatis* peut décourager la victime d'une atteinte à l'honneur d'estimer en justice ; cette procédure permet en effet à l'inculpé de fouiller la vie privée du plaignant ; aussi, les rôles des parties en procès risquent-ils d'être inversés.

Les inconvénients de la reconnaissance légale du droit à la discrétion sont tout aussi évidents : bien des bavardages d'escaliers tomberaient sous le coup de la loi ; chacun, avant de parler, devrait contrôler qu'il ne commet pas d'indiscrétion ; la presse et l'opinion publique, qui sont de sérieuses garanties pour l'ordre social, seraient muselées. Hirsch relève que la liberté d'expression, reconnue à l'égard de l'Etat, n'existerait plus à l'égard des personnes privées. Et de conclure que le monde serait transformé en un pénitencier de type auburnien.<sup>2</sup>

19. La question qui nous intéresse ici est la suivante : peut-on déduire du fait que l'art. 173 ch. 3 CPS limite la possibilité de soulever l'*exceptio veritatis*, que la loi protège un « droit à la discrétion » ? En effet, l'art. 173 ch. 3 CPS pose des conditions d'admissibilité à rapporter la preuve de la vérité et permet donc que quelqu'un soit reconnu coupable de diffamation alors que ses allégations étaient vraies. Frei<sup>3</sup> soutient que les articles 173 à 178 CPS répriment, en plus de l'honneur, les atteintes au devoir de discrétion, dans la mesure où les conditions d'admissibilité posées à l'*exceptio veritatis* ne sont pas remplies. Zürcher affirmait déjà que les conditions posées à l'art. 173 ch. 3 CPS donnent à la diffamation « le caractère d'une disposition protectrice du secret individuel ».<sup>4</sup>

Les remarques de Frei et Zürcher sont justes, mais équivoques. Il est vrai que le droit à la discrétion est protégé, dans une certaine mesure, par l'article 173 CPS. Pourtant cette protection n'est que médiate, et d'une nature juridique différente de la protection directe du droit à la discrétion des articles 179 à 179 septies, (infractions contre le domaine secret ou le domaine privé), 320 ou 321 CPS (violation du secret de fonction ou de secret professionnel) par exemple. Dans ces articles, c'est l'indiscrétion qui définit l'infraction. Aux articles 173 à 178 CPS,

<sup>1</sup> Bockelmann, Vol. 9 p. 476 ss.

<sup>2</sup> Hirsch p. 39.

<sup>3</sup> Frei p. 24.

<sup>4</sup> Zürcher p. 184.

l'indiscrétion n'est d'aucun secours pour définir la notion de l'honneur pénalement protégé et n'est en outre pas un élément constitutif des délits.

Ainsi, celui qui, à l'aide d'une échelle, gravit une façade pour épier les faits et gestes des habitants, ne commet pas de délit contre l'honneur : « Certes il était désagréable aux époux F de se sentir épiés ou observés dans leur intimité. Mais ils n'ont pas été atteints dans leur réputation ni dans le sentiment de leur propre dignité. Tout au plus ont-ils été atteints dans leurs intérêts personnels au sens des articles 28 CC et 49 CO. Notre loi pénale ne réprime pas l'activité des voyeurs ». <sup>1</sup>

De même, il n'est pas contraire à l'honneur de montrer à des tiers une convention passée avec une dame, convention par laquelle la dame atteste la parfaite honorabilité de celui qui la révèle et s'engage à lui verser certaines indemnités : « Le droit au respect de la sphère privée est garanti, dans une large mesure, par le droit civil (28 CC ; 49 CO). Mais il n'est protégé par les dispositions du Titre III de la partie spéciale du Code pénal que lorsque l'immixtion dans la sphère privée entraîne une atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ». <sup>2</sup>

Lorsque Saladin écrit, à propos des délits contre l'honneur, que c'est la « personnalité humaine » qui est surtout protégée <sup>3</sup>, il exprime une vérité, mais une vérité sans intérêt pour notre propos, car les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle ou contre la liberté ou les moeurs par exemple, protègent aussi la personnalité humaine. Les opinions de Frei et Zürcher relèvent de la même démarche : le droit à la discrétion est certes protégé aux articles 173 à 178 CPS, mais à la condition nécessaire que l'indiscrétion soit attentatoire à l'honneur. Ce droit ne constitue pas, en soi, un bien protégé par les articles 173, 174 ou 177 CPS.

### *III. Le sentiment de l'honneur*

20. Le sentiment de l'honneur est, selon la théorie de l'honneur effectif, le deuxième bien juridiquement protégé par la loi pénale. Il s'agit du jugement que l'individu porte sur sa propre valeur. Rappelons qu'Engelhard a défini l'honneur non pas comme une valeur intrinsèque, mais comme une appréciation ; la valeur de quelqu'un procède du même processus psychologique que la valeur économique d'un bien. Le sentiment de l'honneur est une fiction (dite chez Engelhard du « sujet-objet ») : l'homme sort en quelque sorte de lui-même pour juger sa propre personnalité, comme le ferait un tiers.

21. Cette conception doit être rejetée. D'abord, le sentiment de l'honneur peut faire défaut. Un nouveau-né, un malade mental, une personne privée de discernement sont incapables de porter un jugement sur leur honneur. Selon la théorie de l'honneur effectif, ces personnes-là ne seraient donc pas protégées contre les atteintes à l'honneur. Von Liszt écrit que l'injure contre un enfant est possible « seulement dès qu'il pénètre dans un milieu créant des devoirs, par exemple l'école, et qu'il possède la conscience de ces devoirs ». <sup>4</sup>

Stratenwerth et Frei <sup>5</sup> en prennent argument pour rejeter la théorie de l'honneur

<sup>1</sup> Rapport du TC valaisan 1960 p. 73 = BJP 1961 n° 204.

<sup>2</sup> Extr. FR 1957 p. 148 = BJP 1959 n° 30.

<sup>3</sup> Saladin p. 192.

<sup>4</sup> Von Liszt, 17<sup>e</sup> éd. traduite par Lobstein p. 63.

<sup>5</sup> Stratenwerth p. 108-109 ; Frei p. 20.

effectif.<sup>1</sup> D'autres auteurs proposent des amendements. Hafter et Moser<sup>2</sup> recourent à une notion étrangère au système. Ils introduisent un nouveau bien juridiquement protégé : la dignité humaine (*Menschenwürde*), que tout être humain possède, quel que soit l'état de sa conscience. Schwander<sup>3</sup> parle d'une respectabilité, d'une estime (*Achtung*) en vertu de laquelle les malades mentaux et les nouveau-nés sont protégés.

Ces correctifs ne sont guère satisfaisants : chaque fois, il est fait recours à un bien subsidiairement protégé. Ces auteurs considèrent donc, *a fortiori*, que le sentiment de l'honneur n'est pas un bien digne de protection, à lui tout seul.

22. Ensuite, le sentiment de l'honneur est un concept qui ouvre la porte à l'arbitraire. Qui peut donc porter sur lui-même un jugement exact ? Voilà un bien juridiquement protégé qui se détermine uniquement en fonction des idées, de la susceptibilité et de la sensibilité de son titulaire ! Assurément, le principe *nulla poena sine lege* n'est pas respecté : l'auteur potentiel est incapable de savoir si son acte troublera le sentiment de sa future victime et donc s'il commettra un délit. De plus, la tâche du juge, qui est de déterminer ce sentiment, devient quasi impossible.

Gross et Roth<sup>4</sup> proposent dès lors une distinction entre le sentiment subjectif de l'honneur (selon lequel le titulaire de l'honneur apprécie sa propre valeur) et le sentiment objectif de l'honneur (l'appréciation que le titulaire se fait de sa valeur aux yeux d'autrui). Seul le sentiment objectif mériterait d'être protégé par le droit pénal : en effet, le sentiment subjectif ne pourrait pas être ébranlé par autrui.

Cette distinction est pour nous sans objet : le sentiment, qu'il soit objectif ou subjectif, reste un sentiment. Le grief d'arbitraire subsiste. D'ailleurs il est faux de prétendre que le sentiment subjectif de l'honneur ne peut être atteint. Certaines assertions (celles qui émanent d'une haute autorité morale, en matière de religion, par exemple) sont parfaitement propres à modifier le jugement que quelqu'un porte sur lui-même.

On a encore proposé<sup>5</sup> de ne considérer qu'un sentiment *moyen* de l'honneur. Le juge devrait définir, de façon générale et selon l'opinion du « citoyen moyen », un unique sentiment de l'honneur, ce qui présente des avantages pratiques, mais reste insatisfaisant : le hicn protégé, plutôt que d'être déterminé par l'arbitraire individuel, le sera par l'arbitraire collectif et ainsi risque de ne correspondre ni au propre sentiment de la victime, ni à sa valeur réelle.

Signalons encore une idée avancée par Roth.<sup>6</sup> Cet auteur reconnaît qu'il est impossible de déterminer quand le sentiment de l'honneur est effectivement atteint. Il crée alors la *présomption* suivante : il l'est par un acte qui, s'il était commis devant des tiers, affaiblirait la réputation. Roth assimile donc, en fait, le sentiment de l'honneur à la considération, ce qui contredit son hypothèse de départ. Surtout, cette solution ne permet pas de réprimer l'injure formelle. On doit aussi la rejeter.

23. Le TF estime que l'injure est une atteinte au sentiment de l'honneur.<sup>7</sup> Nous avons tenté de montrer qu'il existe des raisons suffisantes pour contester ce point

<sup>1</sup> Welzel, qui se réclame de la doctrine normative, est pourtant du même avis que Gross et von Liszt (p. 305).

<sup>2</sup> Hafter p. 179 ; Moser p. 39.

<sup>3</sup> Schwander n° 617.

<sup>4</sup> Gross p. 11 ss ; Roth p. 29-30.

<sup>5</sup> Gross p. 12 ; Moser p. 38.

<sup>6</sup> Roth p. 30.

<sup>7</sup> 92 IV 101 ; 77 IV 98.

de vue. Il en est une dernière : si l'art. 177 CPS protégeait le sentiment de l'honneur, l'injure formelle ne constituerait pas une infraction. Un pied de nez, un nom d'oiseau ou le fait de montrer ses fesses à autrui<sup>1</sup> est, pour autant qu'aucun fait ne soit sous-entendu, sans influence sur l'image que la victime a d'elle-même. En affirmant que l'injure formelle tombe sous le coup de l'art. 177 CPS<sup>2</sup>, le TF admet donc que le sentiment de l'honneur n'est pas seul protégé.<sup>3</sup> Schwander relève aussi que, malgré l'opinion du TF, l'injure n'est pas une atteinte au sentiment de l'honneur.<sup>4</sup>

#### IV. L'honneur

24. L'injure protège non pas un sentiment, mais l'honneur lui-même, l'honneur au sens normatif. Cela ressort d'une interprétation littérale de la loi (« ...aura attaqué autrui dans son honneur »).<sup>5</sup>

Quant aux travaux préparatoires, ils ne sont pas d'un grand secours à ce sujet. L'exposé des motifs de Stooss semble corroborer notre opinion : « Le mot explique à lui seul la nature de l'infraction. Injurier, c'est faire un affront à quelqu'un. L'injure blesse l'honneur de la personne atteinte... »<sup>6</sup>

25. L'honneur au sens normatif se fonde sur la *dignité humaine*.<sup>7</sup> Tout homme, même le plus vil, possède cette dignité. Chacun est donc titulaire d'un honneur au sens normatif, quels que soient ses mérites et sans égard à la façon dont il remplit ses devoirs.

Honneur et dignité ne doivent cependant pas être confondus.<sup>8</sup> L'honneur n'est qu'un aspect de cette dernière.

26. Qu'est-ce que l'honneur au sens normatif ? C'est le moment de signaler l'impasse dans laquelle échoue la doctrine normativiste. Souvenons-nous que nous tentons de définir la notion de l'honneur en tant qu'objet d'une atteinte réprimée par le droit pénal. Or les auteurs normativistes décrivent cet objet comme étant soit l'honneur lui-même, soit le droit à l'estime (*Achtungsanspruch*) qui en dérive. Voilà une belle tautologie ! Avec Gross, nous constatons que l'« Achtung » est un postulat ou un état qui suppose un objet déjà déterminé de l'atteinte. Et Gross d'ajouter que la définition normative n'est pas fautive, mais qu'elle n'a rien d'original car tous les biens juridiquement protégés peuvent se qualifier comme un « état caractérisé par une prétention ».<sup>9</sup>

Il faut donc, pour sortir de cette lapalissade, donner un *contenu juridique* à l'honneur, c'est-à-dire définir concrètement ce que cette notion implique. Or, ce contenu est double. D'une part, l'homme a droit, vu sa qualité, à ne pas être l'objet, même en aparté, d'une allégation outrageante. Chacun a droit à ce que sa personnalité, son

<sup>1</sup> 103 IV 167.

<sup>2</sup> 80 IV 62.

<sup>3</sup> Voir à ce propos Noll, BJM 1959 p. 8.

<sup>4</sup> Schwander n° 617.

<sup>5</sup> Cette formulation est due à la commission de rédaction de la 2<sup>e</sup> Commission d'experts (p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp. Vol. II p. 557) ; l'avant-projet Stooss disait : « ...aura injurié autrui... » ; cf., dans le même sens, Clerc, cours, p. 193.

<sup>6</sup> Stooss, Motifs, 1894, p. 323.

<sup>7</sup> Hirsch p. 50 ; Frei p. 20 ; Herdegen vor 185 N 5 ; Zürcher p. 186.

<sup>8</sup> Hirsch p. 59.

<sup>9</sup> Gross p. 10.

existence soient respectées pour leur valeur propre. Le contenu exact de cette prétention juridique se définit par rapport à celui de l'expression délictueuse ; nous renvoyons donc au chapitre deuxième, dans lequel cette question est traitée. D'autre part, chacun a droit à un « respect formel », à savoir à ce que ses relations avec autrui soient entretenues dans un cadre de formes minimal. Cette notion sera précisée ci-dessous (n° 27). Mais d'ores et déjà, étant postulé que ces deux prétentions forment la *substance même* de l'honneur, on peut relever que disparaît le grief de tautologie et, avec lui, l'interminable controverse académique suivante : est-il possible qu'une infraction soit dirigée contre la prétention qui découle d'un bien juridiquement protégé sans qu'elle n'atteigne le bien lui-même ?<sup>1</sup>

27. Est-ce injurier quelqu'un que de le traiter de farceur, de plaisantin ou de guignol ? Clown a été considéré comme injurieux.<sup>2</sup> En 1936, le Tribunal supérieur de Zurich estimait que les mots « Fröntler » (qui est une péjoration de « Frontist ») et « Hitlerjunge » sont une impolitesse mais non pas une atteinte à l'honneur ; quelques mois plus tard cette décision était annulée par la Cour de cassation zuricoise.<sup>3</sup> Alors que le Tribunal cantonal vaudois a estimé que dire « C'était du voll ! », à propos de son ancien salaire, n'est pas une injure à l'égard de son employeur<sup>4</sup>, le Tribunal cantonal valaisan a jugé contraire à l'honneur l'assertion qu'un contrat est l'« oeuvre d'un voyou ».<sup>5</sup> Juif est-il injurieux ?<sup>6</sup> Dire d'un commerçant qu'il est un « Wazendirektor » (directeur de punaises) n'est pas un délit<sup>7</sup> ; en qualifiant un restaurateur d'« épicier, chocolatier, marchand de moutarde et verseur à outrance », on ne l'injurie pas<sup>8</sup> ; mais le terme d'aventurière est injurieux selon le Tribunal cantonal fribourgeois.<sup>9</sup> On n'injurie pas celui à qui on tire les oreilles.<sup>10</sup> Et en refusant de le saluer ? Emmerdeur est injurieux, mais emmerdailleur ? Rombière est-il injurieux ? Et vieille rombière ? Entre riquiqui, avorton, asticot, nabot, poucet, roquet, gringalet et vermisseau qui désignent tous un individu de petite taille, lequel est un délit, et lequel n'est qu'une goujaterie ?

On pourrait citer mille autres exemples montrant que l'injure formelle et l'impolitesse ont une *nature* strictement identique (seul le degré de *gravité* soit de la faute commise, soit de l'atteinte à l'honneur, les distingue). Or, l'impolitesse étant une violation de certaines règles de forme, l'injure formelle est réalisée par l'usage de formes prohibées. Le délit est donc constitué par la seule transgression de certaines formes ; et cela, quel que soit le contenu de l'imputation. Autrement dit, l'homme possède un *droit au respect formel*, dont l'article 177 CPS sanctionne notamment la violation.

### Section 3 Terminologie

28. Nous avons postulé d'emblée que l'honneur et toute autre notion y relative (la considération, la bonne réputation, la renommée, le sentiment de l'honneur, etc...)

<sup>1</sup> Hirsch (p. 30) et Herdegen (vor 185 N 13) répondent affirmativement ; Wolff (p. 888 ss) négativement.

<sup>2</sup> BJP 1944 n° 242.

<sup>3</sup> ZR 35 n° 150.

<sup>4</sup> JT 1979 IV 73.

<sup>5</sup> BJP 1968 n° 102.

<sup>6</sup> Cf. ZR 3 n° 104, 26 n° 8, 30 n° 161.

<sup>7</sup> ZR 11 n° 165.

<sup>8</sup> 31 I 396.

<sup>9</sup> BJP 1949 n° 328.

<sup>10</sup> ZR 46 n° 41.

sont des concepts strictement juridiques, dont le sens est donc plus précis que celui du langage courant. L'honneur qui nous intéresse est par définition celui qui est l'objet d'une protection pénale. Aussi, la distinction que fait Hirsch entre l'honneur et la « Schutzwürdigkeit » de celui-ci nous apparaît vaine.<sup>1</sup>

29. Rappelons d'autre part la terminologie. L'honneur interne, jugé intangible, n'est pas protégé par le droit. L'honneur externe comprend la *considération* – ou bonne réputation – et le *sentiment de l'honneur*. Quant à l'honneur au sens normatif, c'est un concept unique, qui se veut exclusif.

Notre terminologie, qui est celle de la majeure partie des auteurs, est quelque peu différente de celle du TF. En effet, notre Haute Cour tient pour synonymes « honneur interne » et « sentiment de l'honneur », de même que « honneur externe » et « considération ». Ce point de vue nous semble contestable. Alors que le TF a adopté sans réserve les conclusions de la théorie de l'honneur effectif, il ne tient pas compte de son premier postulat, à savoir que l'homme possède un honneur interne intangible.

A notre avis, la loi protège et la considération et l'honneur au sens normatif. Nous nous tiendrons, dans la suite de notre étude, à ces expressions. Néanmoins, nous parlerons parfois simplement d'honneur ou d'honneur pénal : c'est une façon de désigner l'ensemble des biens protégés aux articles 173 à 178 CPS, la considération et l'honneur au sens normatif.

## CHAPITRE 2 LES IMPUTATIONS PROPRES À ATTEINDRE LA CONSIDÉRATION ET L'HONNEUR

### *Section première L'atteinte à la considération*

30. Nous avons admis, en accord avec le TF, que la considération est le bien protégé par les articles 173 et 174 CPS. Il reste à établir quelles sont les imputations qui sont propres à atteindre la considération. Il faut, en d'autres termes, déterminer ce qu'est la « conduite contraire à l'honneur ou tout autre fait propre à porter atteinte à la considération » (art. 173 CPS).

Cette question fait l'objet d'une controverse entre les tenants d'une conception *morale* de l'honneur et les partisans d'une conception *sociale*. Dans ce chapitre, nous analyserons ces deux positions. Définissons-les déjà sommairement.

On parle de conception morale de l'honneur quand on exige, pour que le délit soit réalisé, que les qualités morales de la prétendue victime, sa réputation d'honnête homme, soient diminuées par une assertion.

En revanche, la conception est sociale si on admet que l'atteinte à l'honneur se réalise déjà par la dépréciation des seules qualités ou compétences professionnelles, artistiques ou politiques d'une personne, sans que son honnêteté même ne soit mise en cause. Alors que dans sa jurisprudence pénale, le TF définit l'honneur comme une notion morale (nos 31 ss), il a adopté, en droit civil, une conception sociale.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Hirsch p. 113.

<sup>2</sup> 105 II 163.

La doctrine dominante, au contraire, préconise une interprétation sociale en droit pénal également (nos 46 ss).

### *I. La jurisprudence (conception morale de la considération)*

**31.** Le TF interprète restrictivement le texte légal. Est seule protégée la considération acquise par le respect des règles morales et juridiques. La considération due à la situation sociale ou à la fonction sociale n'est pas couverte. « D'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, les art. 173 ss CP ne protègent que la réputation d'homme honorable du lésé et le sentiment qu'il a de son honorabilité. Ne tombent pas sous le coup de ces dispositions, les assertions propres à diminuer la valeur sociale d'autrui à d'autres égards... »<sup>1</sup>

#### a) Les imputations impropres à atteindre la considération

##### aa) L'homme honorable

**32.** Ainsi, on ne commet aucun délit en omettant de mentionner dans l'avis mortuaire d'une mère le nom d'un de ses fils<sup>2</sup>, ni en accusant une vieille demoiselle d'avoir tué son chat.<sup>3</sup> Celui qui se plaint des odeurs émanant de l'appartement de son voisin ne diffame pas ce dernier.<sup>4</sup> De même, on peut, sans transgresser le Code pénal, avertir son bailleur que le locataire voisin est insupportable<sup>5</sup>, renvoyer un employé parce qu'il « empeste l'atelier ». <sup>6</sup> Enfin on ne met pas en doute les qualités morales de quelqu'un en le traitant de « chauvin ». <sup>7</sup>

##### bb) L'artiste

**33.** Maurice Zermatten comparait certaines maisons construites en Valais à des « monstres issus tout droit de quelques revues japonaises ou suédoises, américaines ou germaniques » qui viennent « offenser ces paysages que nous aimons » ; il qualifiait les immeubles en question d'« apatrides », d'« insolents » et « ridicules », de « boîtes à habiter » et il taxait leurs architectes de « petits jeunes gens incultes comme nos vaques » (terrains en friche). Le TF n'a retenu aucun délit.<sup>8</sup> La réputation d'être un bon artiste n'est pas protégée.<sup>9</sup> Ainsi, il est licite, du point de vue pénal, de prétendre qu'une actrice ne possède pas le physique qu'impose son rôle.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> JT 1966 IV 124 = 92 IV 96.

<sup>2</sup> ZR 59 n° 82.

<sup>3</sup> ZR 11 n° 24.

<sup>4</sup> ZR 51 n° 197.

<sup>5</sup> ATF du 28 oct. 1949, ZR 48 n° 156.

<sup>6</sup> Obergericht ZH, RSJ 1953 313.

<sup>7</sup> RVJ 1975 p. 151 ss = BJP 1976 n° 58.

<sup>8</sup> 92 IV 99 ss.

<sup>9</sup> 71 IV 230 ; 98 IV 92.

<sup>10</sup> ZR 10 n° 156.

cc) Le professionnel

34. La considération professionnelle n'est pas non plus protégée.<sup>1</sup> Un hôtelier accusé d'avoir refusé un client n'est pas atteint dans sa considération, que l'allégation soit vraie ou fausse.<sup>2</sup> On peut émettre des doutes, en évoquant certains faits, quant à l'éligibilité d'un membre d'une commission d'estimation sans atteindre sa considération.<sup>3</sup> Prétendre que des parcelles ont été mal estimées, au cours d'une procédure de remaniement parcellaire, par la commission d'estimation, n'atteint pas la considération des membres de celle-ci.<sup>4</sup> On ne commet pas de délit en reprochant à un aubergiste d'accueillir des personnes sans emploi stable et peu conformistes : les qualités morales du restaurateur ne sont pas en cause.<sup>5</sup> On peut reprocher impunément à un dentiste d'avoir laissé passer le moment opportun pour modifier l'implantation des dents d'un enfant : cette imputation atteint sa réputation professionnelle, mais non pas son honorabilité.<sup>6</sup>

dd) Le politicien

35. La considération du politicien ne jouit pas non plus de la protection pénale.<sup>7</sup> En 1905, le TF arrêtait déjà qu'en matière politique « le reproche d'incapacité, même alors qu'il est dénué de tout fondement, ne peut être considéré comme attentatoire à l'honneur... ».<sup>8</sup> Récemment, le TF a confirmé cette opinion : « Chacun est ainsi libre, du point de vue de l'art. 173 CP, de mettre en doute devant des tiers la valeur d'une action politique et de la présenter comme mauvaise et contraire à l'intérêt général. Une telle critique, même si elle est indéfendable au regard de l'opinion générale ou si elle est objectivement fautive, n'est pas de la diffamation, pour autant qu'elle laisse intacte la réputation d'honnête homme de l'intéressé. La critique ou l'attaque ne porte atteinte à l'honneur que protège le droit pénal que si, par le fond ou la forme, elle ne se contente pas de rabaisser les qualités de l'homme politique et la valeur de son action, mais qu'elle est également propre à l'exposer au mépris en sa qualité d'homme ». Et : « Enfin, aussi blâmables que puissent être des allégations fallacieuses portant atteinte au crédit dont une personne jouit sur le plan politique ou des indications inexactes fournies à propos d'un objet soumis à votation », de telles assertions ne tombent sous le coup d'aucune des dispositions du Code pénal.<sup>9</sup>

On peut ainsi, sans commettre de délit, accuser un candidat à une élection d'avoir offert à la communauté publique des marchandises à un prix trop élevé<sup>10</sup>, reprocher à un membre d'une commission d'experts d'avoir négligé l'intérêt public<sup>11</sup>, prétendre d'un député au Conseil national, qu'il a fait une proposition

<sup>1</sup> 98 IV 92.

<sup>2</sup> 72 IV 172.

<sup>3</sup> Rech. TG 1968 n° 21 = BJP 1969 n° 192.

<sup>4</sup> PKG 1952 n° 52 = BJP 1954 n° 146.

<sup>5</sup> ZR 13 n° 31.

<sup>6</sup> 105 IV 111 ss.

<sup>7</sup> 98 IV 92 ; idem ZR 61 n° 154.

<sup>8</sup> 31 I 394 ; en l'espèce, celui qui faisait état de l'« orgueil totalitaire d'un président incapable qui ne peut plaire qu'à certains mignons ou hâbleurs qui ne voient qu'une chose, leurs intérêts personnels » n'a pas été puni.

<sup>9</sup> 105 IV 195-196 ; idem 103 IV 160.

<sup>10</sup> 103 IV 157 ss.

<sup>11</sup> 103 IV 161 ss.

contraire à la loi, qu'il défend des méthodes en usage dans les démocraties populaires, que son comportement est « dictatorial » ou même « fasciste ». <sup>1</sup>

Dès lors, l'arrêt saint-gallois qui juge attentatoire à la considération l'accusation d'appartenir au parti suisse du travail <sup>2</sup> est en contradiction avec la jurisprudence fédérale. Le tribunal saint-gallois motive sa décision par le fait que le parti suisse du travail, quoique légal, serait une organisation dangereuse, à la solde de l'étranger et surtout « unschweizerisch » ! C'est aussi à tort qu'on a jugé diffamatoire le reproche fait à un défenseur de la cause viticole d'avoir trahi les intérêts des producteurs au profit des encaveurs et des marchands. <sup>3</sup> En revanche, est logique l'arrêt du TF qui juge non délictueux le fait de qualifier de « sex-shop à la sauce révolutionnaire » les boutiques « La Marge » qui vendent des journaux pornographiques et politiques marginaux : le TF considère à juste titre qu'un homme honorable peut exploiter un « sex-shop ». <sup>4</sup>

#### ee) L'homme sain

36. Selon la conception morale du TF, le reproche soit d'une carence dans la santé physique ou mentale, soit d'un simple défaut physique, n'atteint pas la considération. C'est manquer de « tact et de goût » que de prétendre qu'une dame a un profil grec, mais ce n'est pas commettre de délit. <sup>5</sup> On ne diffame pas celui qu'on traite de syphilitique <sup>6</sup>, sauf si on sous-entend que sa maladie est due à sa faute. <sup>7</sup> Il est aussi précisé, dans ce dernier arrêt, que celui qu'on accuse de souffrir de maladie contagieuse – alors que sa profession le met en contact avec le public – peut réclamer réparation selon le droit civil mais non pas demander la protection du droit pénal. Plus : traiter quelqu'un de « psychopathe » ne touche pas sa considération, si ce terme est utilisé dans son sens médical. <sup>8</sup> De même, accuser un individu de « quérulance » (que le TF définit comme « une anomalie constitutionnelle de la vie psychique se traduisant pas un comportement socialement aberrant ») n'est pas un délit. <sup>9</sup> Il n'y a pas non plus d'infraction pénale à prétendre qu'un homme est malade des nerfs <sup>10</sup>, qu'il a séjourné dans un asile d'aliénés <sup>11</sup> – tant qu'on ne sous-entend pas qu'il a mal agi – ou qu'il est faible d'esprit. <sup>12</sup>

#### b) Les imputations propres à atteindre la considération

##### aa) L'homme honorable

37. D'après le TF, est seule protégée la considération de l'homme honorable, c'est-à-dire celle qu'on acquiert en remplissant ses devoirs moraux et juridiques. On

<sup>1</sup> 80 IV 167-168.

<sup>2</sup> GVP SG 1953 p. 112 = BJP 1954 n° 148.

<sup>3</sup> Rapport du Trib. cant. VS 1953 p. 120 = BJP 1954 n° 219.

<sup>4</sup> RVJ 1976 p. 214 = BJP 1977 n° 448.

<sup>5</sup> ZR 10 n° 156.

<sup>6</sup> ZR 50 n° 178.

<sup>7</sup> 98 IV 93.

<sup>8</sup> 93 IV 23.

<sup>9</sup> 96 IV 55.

<sup>10</sup> 76 IV 27 ss.

<sup>11</sup> ZR 51 n° 197.

<sup>12</sup> ZR 50 n° 178.

atteint donc la considération de celui qu'on qualifie de pervers et malhonnête<sup>1</sup>, de menteur, de lâche sans caractère.<sup>2</sup> On déconsidère un individu en l'accusant d'avoir intentionnellement endommagé la propriété d'autrui ; mais il est permis de prétendre qu'il a percuté par négligence une voiture, en roulant en marche arrière.<sup>3</sup> Un détective privé qui qualifie des époux de mauvais parents les atteint dans leur considération.<sup>4</sup> On impute à un préfet la violation d'un devoir moral en révélant qu'il a fait de la propagande en faveur d'un casino, si cette révélation est accompagnée d'un jugement de valeur péjoratif.<sup>5</sup> A aussi été jugé diffamatoire le fait de prétendre que quelqu'un détient un pouvoir surnaturel apte à porter préjudice à autrui.<sup>6</sup>

38. Un des devoirs juridiques et moraux les plus importants est évidemment de ne pas commettre d'*infractions pénales*. Ainsi, celle qui divulgue que le laitier a été condamné par la Cour d'Assises commet une diffamation.<sup>7</sup> De même, on diffame celui qu'on accuse d'avoir fraudé le fisc, même s'il a été amnistié.<sup>8</sup>

39. *Le monde des affaires* recèle de nombreux devoirs juridiques et moraux. On déconsidère par exemple son cocontractant en le qualifiant de voleur et de voyou.<sup>9</sup> On peut affirmer, sans commettre d'infraction, qu'un individu doit de l'argent et ne le rembourse pas ; au contraire, le délit se réalise dès qu'on insinue que le débiteur fait des dettes à la légère ou ne paye pas par mauvaise volonté ou par esprit de chicane.<sup>10</sup> On diffamait M. Duttweiler, ancien patron de la Fédération des Coopératives Migros, en parlant de « Trick » et de « Tarnungsmanöver » à propos du changement de statut juridique de sa société<sup>11</sup> ; mais il n'y a pas de délit à taxer Migros de trust.<sup>12</sup>

On peut prétendre impunément qu'une personne réalise une grande marge de profit.<sup>13</sup> Mais il a été bizarrement jugé qu'on souille la considération de celui qu'on accuse d'être paresseux<sup>14</sup> : on lit, dans cet arrêt – rendu avant la dernière récession économique – que, dans un peuple laborieux tel que le peuple suisse, le travail représente l'accomplissement d'un devoir moral !

40. Une dernière source de devoirs moraux est la *vie sexuelle et conjugale*. Un époux qui reproche à son conjoint de l'avoir trompé le diffame.<sup>15</sup> On déconsidère un homme en accusant sa femme d'être une putain. Dans ce cas l'homme ne semble pourtant violer aucun devoir moral. Si, répond le TF, il est soupçonné de favoriser

<sup>1</sup> Trib. cant. VD, BJP 1944 n° 116.

<sup>2</sup> ZR 1954 n° 63.

<sup>3</sup> Obergericht ZH, RSJ 1970 n° 5 p. 12.

<sup>4</sup> GVP SG 1966 n° 22 = BJP 1968 n° 104.

<sup>5</sup> 77 IV 94 ss.

<sup>6</sup> Rech. TG 1949 p. 79 = BJP 1950 n° 240.

<sup>7</sup> 71 IV 126 ss.

<sup>8</sup> 73 IV 27 ss ; voir en outre BJP 1943 n° 219 et 106 IV 116 ss.

<sup>9</sup> RVJ 1967 n° 142 p. 442 = BJP 1968 n° 102.

<sup>10</sup> ZR 59 n° 53 ; voir en outre BJM 1967 p. 43.

<sup>11</sup> ZR 52 n° 17.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> RSJB 1978 p. 454.

<sup>14</sup> ZR 69 n° 47.

<sup>15</sup> 98 IV 86 ss.

la débauche, voire d'en tirer profit<sup>1</sup>, ce qui n'est guère convaincant. Qu'aurait-il décidé dans le cas suivant : une femme est-elle atteinte dans sa considération par l'allégation que son mari lui est infidèle ? La Cour de cassation neuchâteloise a répondu négativement : la femme est atteinte dans ses sentiments affectifs, mais non pas dans son honneur.<sup>2</sup>

En revanche, le Tribunal supérieur argovien a jugé que le mari dont l'épouse est accusée d'adultère a qualité pour se plaindre d'une atteinte à sa considération. Cet arrêt se fonde sur deux motifs essentiellement : d'une part, le tribunal note qu'en droit civil, on admet que cette allégation constitue une atteinte à l'honneur du mari et, d'autre part, il s'appuie sur le fait que l'article 214 CPS (adultère) parle de « conjoint outragé » ; ainsi, conclut le Tribunal supérieur argovien, l'époux dont la femme est accusée d'adultère est touché dans sa considération.<sup>3</sup>

A notre avis, l'arrêt neuchâtelois doit être approuvé et l'arrêt argovien est mal fondé : on ne reproche au mari la violation d'aucun devoir, en prétendant que sa femme le trompe. Le seul « outrage » dont il est victime est commis par l'épouse infidèle – qui pourrait être punie en vertu de l'article 214 CPS – mais non par celui qui allègue de tels faits. L'unique personne calomniée ou diffamée est celle qui est accusée de commettre l'adultère. Est évidemment réservé le cas où l'époux trompé est victime d'une manifestation de mépris qui constitue une injure formelle : dans ce cas, on le sait, le délit est consommé alors même que l'allégation ne contient pas le reproche de violer une obligation ; la seule transgression de certaines formes suffit (n° 27).

En outre, une femme qui prétend que son mari l'a trompée avec telle demoiselle ne diffame pas seulement le mari mais aussi la prétendue maîtresse de celui-ci.<sup>4</sup> Dans tous ces cas, c'est le mariage qui crée le devoir et qui donne donc à l'allégation son caractère délictueux. Ainsi, il n'y a pas d'infraction à affirmer qu'un homme divorcé entretient des relations intimes avec son employée (un gérant avec sa secrétaire)<sup>5</sup> ; dans un autre cas, le même tribunal a pourtant considéré comme diffamatoire la même allégation parce qu'elle visait un aubergiste et sa sommelière : ces deux-ci doivent être de moeurs irréprochables !<sup>6</sup>

Le Tribunal supérieur d'Argovie admet qu'il est attentatoire à l'honneur d'une fille de 16 ans de prétendre qu'elle est enceinte.<sup>7</sup> Enfin, parler de lubricité perverse à propos de quelqu'un est un délit.<sup>8</sup>

## bb) L'artiste

41. On a le droit de rabaisser les qualités d'artiste et la valeur d'une oeuvre, mais la critique ne doit pas diminuer les qualités d'homme. En prétendant, par exemple, qu'un artiste chargé d'édifier une statue a été tant impressionné par la sculpture d'un confrère qu'il a abandonné toute idée personnelle et qu'il l'a plagiée, on met sa moralité en cause et on le diffame.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> 92 IV 115 ss.

<sup>2</sup> RJN 3 II 13.

<sup>3</sup> BJP 1946 n° 242.

<sup>4</sup> ATF du 3 juillet 1970, Sem. jud. 1971 p. 274.

<sup>5</sup> Obergericht ZH, RSJ 1956 p. 128.

<sup>6</sup> RSJ 1953 p. 96.

<sup>7</sup> AGVE 1970 p. 75.

<sup>8</sup> 98 IV 90 ss.

<sup>9</sup> 71 IV 230.

## cc) Le professionnel

42. Lorsque le reproche d'ordre professionnel est simultanément un reproche moral, on peut dire que la réputation professionnelle est protégée. Ainsi, l'avocat accusé de ne procéder que dans son propre intérêt est atteint non seulement dans sa réputation professionnelle, mais aussi dans sa qualité d'honnête homme.<sup>1</sup> De même sont mises en doute les qualités morales d'un pharmacien dont on dit que la pharmacie est peu sûre.<sup>2</sup> L'honnêteté commande à un pharmacien dont les connaissances professionnelles sont insuffisantes de ne pas exercer son métier. Un juge d'instruction est atteint dans sa considération par l'imputation qu'il fait d'autant plus confiance à une personne que celle-ci a intérêt à mentir : il est ainsi accusé de violer son devoir de rechercher la vérité.<sup>3</sup> On diffame les membres d'un tribunal en les traitant d'incapables et de gangsters.<sup>4</sup> Un médecin accusé de délivrer des certificats de complaisance est atteint dans sa considération.<sup>5</sup> De même, un disciple d'Esculape qui prétend qu'un collègue trompe ses patients (en les soignant bien qu'ils soient en bonne santé) atteint la considération de ce dernier.<sup>6</sup> Enfin, un restaurateur qualifié de profiteur est atteint dans sa considération d'honnête homme.<sup>7</sup>

## dd) Le politicien

43. Nous avons vu qu'on pouvait accuser un député au Conseil national de soutenir des propositions illégales ou d'être un fasciste sans atteindre sa considération. Mais le délit se réalise dès que ces reproches contiennent celui d'avoir consciemment violé l'ordre juridique.<sup>8</sup> Ainsi, il est attentatoire à la considération d'un candidat à une élection de prétendre que, durant la période du rationnement, il a refusé de vendre des pommes de terre qu'il utilisait pour fourrager son bétail.<sup>9</sup> C'est une infraction que de recommander, dans un tract électoral, la désignation, à la place des titulaires, d'hommes intègres, de conseillers communaux qui ne mélangent pas les intérêts de la commune avec leurs intérêts particuliers.<sup>10</sup> Est aussi un délit l'accusation portée contre un conseiller municipal d'avoir tu, parce qu'il en bénéficiait, l'existence d'un dépassement de crédit qu'il connaissait.<sup>11</sup> Enfin, les chefs et les représentants de l'« Alliance des Indépendants » sont diffamés quand on prétend que ce parti politique dépend directement de M. Duttweiler.<sup>12</sup>

L'accusation d'avoir souscrit à la doctrine nationale-socialiste est assez répandue. C'est dans tous les cas une atteinte à la considération.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> 99 IV 148 ss.

<sup>2</sup> 92 IV 96.

<sup>3</sup> PKG 1969 n° 39.

<sup>4</sup> ZR 59 n° 54.

<sup>5</sup> Sem. jud. 1946 p. 252.

<sup>6</sup> ZR 49 n° 149 (ATF).

<sup>7</sup> 106 IV 181.

<sup>8</sup> 80 IV 168.

<sup>9</sup> Extr. FR 1960 p. 164 = BJP 1962 n° 133.

<sup>10</sup> GVP SG 1956 p. 88 = BJP 1957 p. 136.

<sup>11</sup> Rapport du Trib. cant. VS 1950 p. 60 = BJP 1951 n° 133.

<sup>12</sup> ZR 52 n° 17.

<sup>13</sup> ZR 48 n° 93 ; RSJ 1947 p. 59 ; RSJB 87 p. 178 ; BJM 1976 p. 109. On détermine selon les circonstances s'il s'agit d'une injure formelle ou d'une allégation de faits précis (ZR 48 n° 93 ; RSJ 1947 p. 59).

ee) L'homme sain

44. Seul l'homme responsable est tenu par des devoirs. Si donc l'atteinte à la considération est constituée par l'imputation de violer des devoirs, le reproche d'une tare dont le sujet n'est pas responsable ne sera jamais délictueux, sous réserve de ce qui suit. Cette condition de la responsabilité a été rappelée plusieurs fois par le TF.<sup>1</sup> Par conséquent, on pourra divulguer impunément les carences intellectuelles ou physiques d'un individu. Aussi, en matière de santé, la protection indirecte dont jouit parfois la considération de l'artiste, du professionnel ou du politicien fait-elle défaut.

Le TF atténue toutefois la rigueur de cette jurisprudence. On peut qualifier, sans commettre de délit, un individu d'idiote, de psychopathe, de malade des nerfs, mais à la condition qu'on utilise ces termes dans leur sens médical, neutre et objectif<sup>2</sup> : « Sc rend coupable d'un délit contre l'honneur celui qui détourne de son sens médical un terme de psychiatrie pour en user selon son acception courante, déprécier le caractère de quelqu'un et par là l'atteindre dans son honneur personnel ». <sup>3</sup> Il appartient donc au juge de rechercher de cas en cas si tel terme a été utilisé dans son sens médical ou courant, lequel est mesquin et volontairement péjoratif.

## II. *Jurisprudence dissidente ?*

45. La jurisprudence du TF fait en général autorité dans le domaine qui nous intéresse. Cependant, notamment en ce qui concerne le reproche de carence intellectuelle ou physique, quelques arrêts cantonaux s'en écartent.<sup>4</sup> Ces décisions sont surtout zuricoises. On ne saurait toutefois parler de jurisprudence dissidente, tant le Tribunal supérieur zuricois hésite à opter pour l'une ou l'autre conception de la considération.

Déjà avant l'entrée en vigueur du Code pénal suisse, la position du Tribunal supérieur n'était pas claire. Il défend la conception morale en 1910 (celui qui se moque de l'aspect physique d'une actrice ne commet pas de délit)<sup>5</sup>, en 1911 (accuser quelqu'un d'avoir tué un animal n'atteint pas sa considération<sup>6</sup> ; celui qu'on traite de quérulant n'est pas diffamé)<sup>7</sup> et en 1913 (on peut impunément dire qu'un aubergiste accueille des paresseux).<sup>8</sup> En 1916, il adopte la conception sociale : on diffame celui qu'on prétend « cinglé ». <sup>9</sup> Pourtant il revient à la notion morale en 1930 : traiter un homme de Juif n'est pas un délit, dit-il, car on ne qualifie qu'un trait de son caractère.<sup>10</sup> Enfin, en 1935, le Tribunal supérieur zuricois soutient à nouveau la conception sociale : si on dit du directeur d'un magasin qu'il fait régner l'arbitraire dans les relations avec son personnel<sup>11</sup> ou si on taxe un homme de quérulant<sup>12</sup>, on commet une infraction pénale.

<sup>1</sup> 76 IV 30 ; 93 IV 22 ; 96 IV 55.

<sup>2</sup> 96 IV 55 ; 93 IV 22.

<sup>3</sup> JT 1973 IV 121 = 98 IV 93.

<sup>4</sup> PKG 1945 n° 45 ; GVP SG 1949 p. 28.

<sup>5</sup> ZR 10 n° 156.

<sup>6</sup> ZR 11 n° 24.

<sup>7</sup> ZR 11 n° 226.

<sup>8</sup> ZR 13 n° 31.

<sup>9</sup> ZR 16 n° 174.

<sup>10</sup> ZR 30 n° 161 ; à la même époque, la Cour suprême bernoise se prononçait pour la conception sociale : RSJB 1934 p. 144.

<sup>11</sup> ZR 35 n° 150.

<sup>12</sup> RSJ 38 p. 65.

Après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse, la jurisprudence zuricoise est marquée par les mêmes hésitations. En 1949, le Tribunal supérieur se prononce pour la conception sociale : celui qui prétend que son locataire est insupportable le diffame.<sup>1</sup> Cet arrêt fut cassé par le TF. L'année suivante, la Cour zuricoise adopte la notion morale de l'honneur : on peut accuser quelqu'un d'être syphilitique sans le déconsidérer.<sup>2</sup>

Toutefois, elle revient, en 1951, à la conception sociale : elle conteste expressément la position du TF, exposée au RO 76 IV 28 et soutient que l'imputation d'être malade des nerfs est délictueuse.<sup>3</sup> Enfin, en 1952, elle change à nouveau de point de vue, en faveur de la conception morale : on peut impunément prétendre que quelqu'un est malade des nerfs.<sup>4</sup> Dès lors, elle se tient à cette interprétation, qui est conforme à la jurisprudence fédérale.<sup>5</sup> En 1961, le Tribunal supérieur zuricois a clairement précisé que la réputation du politicien n'est pas protégée par le Code pénal.<sup>6</sup> Cependant, en 1969, il a manifesté une nouvelle fois sa réticence à appliquer sans réserve le critère moral : sans le remettre expressément en cause, il a arrêté que l'imputation d'être paresseux est contraire à l'honneur.<sup>7</sup> Bien que le Tribunal supérieur s'en défende, il s'est fondé en l'espèce sur une conception sociale de la considération.

### *III. La doctrine (conception sociale de la considération)*

46. La quasi-unanimité de la doctrine préconise une conception sociale de la considération : non seulement le reproche de violer des devoirs juridiques ou moraux représenterait un délit, mais aussi celui de ne pas exécuter ses obligations sociales.<sup>8</sup> Seuls quelques auteurs soutiennent une interprétation morale : Binding, qu'on présente souvent comme le père de cette conception, la défend résolument<sup>9</sup> ; Logoz, Huber et Waiblinger<sup>10</sup> exposent la jurisprudence fédérale sans la critiquer.

#### a) L'interprétation littérale

47. On fait d'abord grief au TF de méconnaître la lettre de la loi. On relève d'erechef que l'arrêt fatier en la matière<sup>11</sup> est singulièrement peu motivé : le TF se contente d'affirmer que l'article 173 CPS ne protège que l'honneur personnel, sans plus d'arguments ; et toute la jurisprudence qui suit se fonde sur cet arrêt ! Schwander conclut que la jurisprudence constante remplace en ce domaine aussi

<sup>1</sup> ZR 48 n° 156.

<sup>2</sup> ZR 50 n° 178.

<sup>3</sup> ZR 51 n° 40.

<sup>4</sup> ZR 51 n° 198.

<sup>5</sup> ZR 53 n° 63 ; 57 n° 7 ; 59 n° 54 ; 59 n° 53 ; 59 n° 82.

<sup>6</sup> ZR 61 n° 154.

<sup>7</sup> ZR 69 n° 47.

<sup>8</sup> Stratenwerth p. 109-111 ; Rehberg III p. 103 ; Schultz (Marksteine) p. 245 ss ; Schwander RPS, 75 p. 154 ss ; Thormann/von Overbeck art. 173 N 4 ; Hafter p. 184 ; Schwander n° 600 a ; Strehle p. 16 ; Frei p. 21 ; Delaquis p. 214 ; Germann p. 303 ; Hafter RPS 47 p. 409 ss ; Fuchs p. 25 ss ; Moser p. 34 ; Noll, BJM 1959 p. 7 ; Pfenninger, RSJ 49 p. 238 ; Gross p. 6 ; von Liszt p. 62 ; Maurach p. 130.

<sup>9</sup> Binding p. 136.

<sup>10</sup> Logoz, spéc. p. 138 ; Huber, RSJ 61 p. 350 ; Waiblinger, RSJB 83 p. 378.

<sup>11</sup> 71 IV 230 cons 2.

bien la loi qu'une argumentation juridique valable.<sup>1</sup> Frei et Schultz<sup>2</sup> déduisent du fait que la loi parle de « considération », qu'elle sous-entend une valeur sociale. Cette articulation ne peut être approuvée : il existe plusieurs sortes de considérations et le seul mot « considération » ne signifie pas plus « considération sociale » que « considération morale ».

Surtout, la loi prévoit, comme imputation propre à atteindre la considération, celle de « tenir une conduite contraire à l'honneur » d'une part, et celle de « tout autre fait » préjudiciable à la considération d'autre part. Noll, Rehberg, Schwander, Thormann/von Overbeck, et Schultz<sup>3</sup> déduisent alors de l'expression « tout autre fait » que la valeur sociale est protégée. Non, dit le TF, le titre III du Code pénal et les notes marginales font référence à l'« honneur » : ce sont des indices en faveur de la conception morale.<sup>4</sup> La réplique ne convainc guère parce que le mot « honneur », pas plus que le mot « considération » auparavant, ne renseigne sur le contenu social ou moral des imputations délictueuses et surtout parce que le TF a rejeté plusieurs fois la méthode d'interprétation qui se fonde sur les termes employés dans les titres et les notes marginales du Code pénal.<sup>5</sup>

A vrai dire, les termes « tout autre fait » n'excluent certes pas la conception sociale, mais ils ne l'imposent pas non plus. Pour qu'ils comprennent *nécessairement* le reproche de violer des obligations sociales, il faudrait démontrer que l'expression « conduite contraire à l'honneur » englobe *tous* les cas de transgression de règles juridiques ou morales. Or cette démonstration n'a jamais pu se faire. Bien au contraire, on peut violer un devoir sans « tenir une conduite contraire à l'honneur » : l'histoire et la littérature, d'Antigone à de Gaulle, fourmillent d'exemples.<sup>6</sup>

Nous concluons donc que la lettre de la loi ne permet pas de déterminer quelle considération est pénalement protégée.

## b) Le reproche de maladie mentale

48. Selon la jurisprudence du TF, on n'atteint pas un individu dans sa considération en alléguant qu'il souffre d'une maladie mentale. C'est surtout ce cas qui émeut la doctrine et qui motive en fait sa réprobation.<sup>7</sup> La doctrine tient en effet pour fondamental le postulat de politique criminelle selon lequel l'imputation d'une carence intellectuelle ne saurait être tolérée. Aussi, la doctrine rejette à juste titre la distinction que le TF établit entre le sens courant et le sens médical du terme utilisé pour décrire la faiblesse d'esprit.<sup>8</sup> Cette différenciation, qui ne repose sur aucun critère sûr, ne fait qu'embarrasser le juge et doit être rejetée.

Toutefois, il n'est pas nécessaire de se référer à une interprétation sociale. En effet, la conception morale de la considération conduit, contrairement à ce que déduit le TF, à juger comme délictueuse l'imputation de débilité mentale.

<sup>1</sup> Schwander, RPS 75 p. 155.

<sup>2</sup> Frei p. 21 ; Schultz, RSJB 107 p. 469.

<sup>3</sup> Rehberg, p. 103 ; Noll, BJM 1959 p. 7 ; Schwander RPS 75 p. 156 ; Thormann/von Overbeck art. 173 N 4 ; Schultz (Marksteine) p. 246.

<sup>4</sup> 76 IV 29.

<sup>5</sup> 97 IV 108 et les arrêts cités.

<sup>6</sup> Ainsi Camus (L'homme révolté p. 128) : « L'honneur était dans la désobéissance qui se confondait parfois avec le crime. La loi militaire punit de mort la désobéissance et sont honneur est servitude. » Et Corneille (Le Cide, acte II, scène I) : « Monsieur, pour conserver tout ce que j'ai d'estime, Désobéir n'est pas un si grand crime ; ».

<sup>7</sup> Frei p. 21 ; Noll, BJM 1959 p. 7 ; Roth p. 22 ; Moser p. 35 ; Schultz (Marksteine) p. 249.

<sup>8</sup> Stratenwerth p. 111.

L'assertion d'être débile mental, contient en effet deux reproches différents. Le premier consiste à insinuer que quelqu'un souffre d'une maladie grave et déshonorante au sens juridique du terme. Le second est le sous-entendu que l'homme atteint d'une telle maladie ne remplit pas les devoirs moraux et sociaux qui lient l'homme sain. Or le malade mental n'est pas fautif ; il n'est responsable ni de son état ni du fait qu'il ne remplit pas ses obligations. A cause de cette irresponsabilité<sup>1</sup>, le TF estime qu'on n'atteint pas la considération de celui qu'on traite de malade mental.

49. Ce raisonnement est parfaitement juste. Mais il ne s'applique, comme cela semble sauter aux yeux, qu'à celui qui est *effectivement* irresponsable, effectivement débile mental. Tant que la victime de l'allégation est responsable, tant qu'elle est saine d'esprit, une telle argumentation tombe à faux. Si on accuse Untel, qui est sain d'esprit, d'être fou, et donc de se soustraire à ses devoirs, le délit est consommé : on a prétendu qu'un individu n'exécutait pas ses obligations morales alors qu'il était parfaitement apte à les remplir et tenu de le faire.

En résumé, le reproche de maladie mentale adressé à un malade mental est licite car le débile mental est irresponsable autant de son état que des défaillances dues à cet état. Au contraire, le même reproche fait à un homme sain d'esprit implique qu'un individu responsable viole ses obligations. Il faudra donc, pour déterminer quand l'imputation d'une carence mentale atteint la considération, examiner si cette imputation est ou n'est pas fondée. Si l'auteur de l'allégation peut rapporter la preuve de la vérité, il n'y aura pas de délit ; en cas d'échec de cette preuve, l'infraction sera réalisée.<sup>2</sup>

### c) La « fonction sociale »

50. La « valeur sociale », la « fonction sociale » sont les mots clés de la conception sociale de la considération. L'homme a besoin d'être protégé dans sa réputation d'être social, dit-on.<sup>3</sup> L'artiste, le professionnel ou le politicien ont une fonction sociale à assumer. Alléguer qu'ils ne remplissent pas leur rôle social, c'est atteindre leur considération.

Ainsi, certains partisans de la notion sociale de l'honneur notent qu'il suffit qu'on accuse un homme d'être *objectivement* (sans même qu'il soit responsable) incapable d'exécuter sa fonction sociale, pour qu'il soit atteint dans sa considération. Selon Moser et Strehle, seul un « membre utile de la société » (brauchbares Mitglied der Gesellschaft) jouit d'un honneur.<sup>4</sup> Celui qui est accusé d'être incompetent dans son travail est donc déconsidéré, poursuit Strehle<sup>5</sup>, qui reconnaît aussi, dans une certaine mesure, un « honneur de classe ».<sup>6</sup>

La conception sociale fait donc abstraction de toute idée de faute. Là où le droit à l'honneur est fondé uniquement sur la valeur sociale, il n'existe aucune relation entre l'honneur et la faute, écrit Flatten.<sup>7</sup> De même, Hafer et Germann se réfèrent

<sup>1</sup> 76 IV 30 ; 93 IV 22 ; 96 IV 55.

<sup>2</sup> On peut relever que, dans ce cas-ci, l'institution de l'*exceptio veritatis* ne remplit plus la fonction d'un fait justificatif. Il s'agit d'une procédure propre à établir ou à exclure le caractère diffamatoire d'une imputation.

<sup>3</sup> Hafer, RPS 47 p. 409.

<sup>4</sup> Moser p. 34 ; Strehle p. 14.

<sup>5</sup> Strehle p. 14.

<sup>6</sup> Strehle p. 16.

<sup>7</sup> Flatten p. 28.

à la valeur sociale sans se préoccuper de l'idée de faute.<sup>1</sup> Aussi, comme la considération dépend, selon cette théorie, de la seule capacité objective de remplir sa fonction sociale, Hirsch note à juste titre que l'allégation, par exemple, que des studios de télévision ont brûlé et donc que l'émission est impossible, doit être considérée comme contraire à l'honneur<sup>2</sup> des employés de la société émettrice : ceux-ci sont accusés de ne pas accomplir leur rôle social.

On voit les abus auxquels conduit la conception sociale de la considération. Qu'est-ce que la fonction sociale ? Qu'est-ce qu'une personne utile à la société ? Les chômeurs, les rentiers, les marginaux en tout genre ne possèdent-ils pas de considération ? Du reste, cette conception s'oppose au fondement même de la considération, laquelle dépend de l'accomplissement de devoirs et est intimement liée aux notions de faute et de responsabilité.

51. De nombreux auteurs, tenants de la conception sociale, et conscients de ses inconvénients, ont tenté d'intégrer l'idée de *devoir* à la théorie sociale de la considération. Delaquis parle des qualités nécessaires à l'accomplissement de ses devoirs spécifiques, telle que la capacité professionnelle.<sup>3</sup> Strehle évoque les qualités et propriétés intellectuelles et physiques nécessaires à l'accomplissement des devoirs sociaux.<sup>4</sup> Gross s'y réfère aussi.<sup>5</sup> Schwander estime qu'en principe l'homme n'est reconnu comme membre « entièrement valable » de la société que s'il remplit de manière satisfaisante ses devoirs spécifiques.<sup>6</sup> Quant à la position de Stratenwerth, elle est la plus caractéristique du lien que la doctrine tente d'établir entre les notions de « faute » et d'« inaptitude objective à remplir sa fonction sociale ». Il ne fait aucun doute, écrit Stratenwerth, que celui qui remplit mal ses devoirs professionnels perd sa considération, sans qu'il importe – outre les cas de maladie, etc. – que cela soit dû à l'incapacité ou à la négligence. Formulé positivement, poursuit Stratenwerth : le droit au respect de l'homme comme personne responsable se rapporte aussi à l'accomplissement correct de ses devoirs sociaux.<sup>7</sup>

Stratenwerth parle des concepts de « devoirs » et de « responsabilité », mais juge que la distinction entre « incapacité » et « négligence » est sans importance en l'espèce. Peut-on donc violer un devoir, même social, sans commettre de faute, fût-ce une négligence ? Nous ne le pensons pas.

Il apparaît donc qu'une interprétation sociale de la considération conduit à une impasse. Une conception sociale « pure » – selon laquelle le reproche d'une incapacité objective de remplir son rôle social constitue une atteinte à l'honneur – implique des résultats inadmissibles. Si on cherche cependant à l'amender en introduisant la notion de « devoir » dans cette théorie, on débouche fatalement, dans une certaine mesure, sur une conception morale. Ainsi, la doctrine se montre très embarrassée à circonscrire exactement la part de faute et celle d'incapacité objective que doit contenir l'allégation attentatoire à la considération.

A vrai dire, ces deux notions sont exactement opposées et incompatibles. Quand la théorie sociale s'écarte du concept d'incapacité objective à assumer sa fonction sociale, elle devient ambiguë. Introduit-on l'idée de responsabilité, que le critère moral est *de facto* consacré. C'est pourquoi plusieurs auteurs, partisans de la conception sociale, aboutissent à des résultats assez semblables à ceux du TF (n° 52 in fine).

<sup>1</sup> Hafter p. 179 ; Germann p. 303.

<sup>2</sup> Hirsch p. 51-52.

<sup>3</sup> Delaquis p. 215.

<sup>4</sup> Strehle p. 14.

<sup>5</sup> Gross p. 7.

<sup>6</sup> Schwander, RPS 75 p. 154.

<sup>7</sup> Stratenwerth p. 110 ; cf., dans le même sens, Roeder p. 350.

52. Enfin, il faut souligner que la conception sociale de la considération est dangereuse car très extensible. Si on admettait que la réputation de l'artiste, du professionnel ou du politicien soit protégée en tant que telle par la loi pénale, le nombre des procès croîtrait démesurément. Simultanément, la sécurité juridique diminuerait : le critère de l'illicéité serait en effet flou et le juge deviendrait finalement l'arbitre qui déciderait si telle oeuvre d'art relève d'un sincère sentiment artistique ou du seul intérêt commercial, si tel menuisier appuie trop sur son rabot, si tel médecin prescrit le bon antibiotique ou si tel parlementaire défend bel et bien la ligne du parti qui l'a élu.

Dès lors, plusieurs auteurs, partisans de la conception sociale, reconnaissent déjà qu'il faudrait tracer des limites. Gross note que la santé et l'intelligence sont nécessaires à accomplir les devoirs sociaux. Ce serait une violence faite au concept de l'honneur, poursuit-il, que de considérer que l'allégation qu'un peintre est devenu aveugle ou un chef d'orchestre sourd est un délit. Aussi, conclut-il que la valeur sociale ne doit pas être déterminée selon l'utilité d'un homme, mais à partir d'un point de vue éthique et spirituel.<sup>1</sup> C'est un renvoi explicite à un critère moral. Schultz et Stratenwerth précisent que la critique objective (de quoi s'agit-il ?) resterait permise.<sup>2</sup> Concernant la réputation de l'artiste, du professionnel ou du politicien, Schultz aboutit au même résultat que le TF ; en revanche, le reproche de maladie mentale serait délictueux. Enfin, selon Stratenwerth, la considération est atteinte uniquement quand l'imputation porte sur l'état ou la conduite irresponsable de quelqu'un.<sup>3</sup>

#### d) Défense de la conception morale

53. Ce qui précède nous rappelle une évidence : le problème fondamental concernant la détermination des imputations propres à atteindre la considération, consiste à définir un critère d'illicéité suffisamment général afin d'éviter des lacunes, mais assez précis pour que, dans un domaine où tout est appréciation, la justice règne. Ce critère, le TF l'a circonscrit de façon plutôt heureuse : le délit est consommé par l'assertion qu'autrui viole ses devoirs juridiques et moraux.

54. Soulignons toutefois que la référence aux devoirs juridiques ne mérite pas d'être retenu. Le seul critère devrait être celui de la violation d'une règle morale. En effet, certaines transgressions du droit ne sont pas immorales (ainsi : dépasser le temps réglementaire de parcage en zone bleue) et les reproches qui s'y rapportent ne constituent pas d'atteintes à la considération.<sup>4</sup> A l'inverse, certaines conduites conformes au droit violent la morale (par exemple : ne pas rembourser une obligation naturelle) ou, ce qui est plus grave, certains comportements imposés par le droit peuvent être immoraux (certains rites sexuels africains, tels que les mutilations, choquent notre morale européenne, de même que certaines lois de type fasciste). Il serait dès lors plus juste et plus exact de juger que seule l'imputation de violer un devoir moral atteint la considération.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Gross p. 8.

<sup>2</sup> Schultz (Marksteine) p. 248 ; Stratenwerth p. 111.

<sup>3</sup> Stratenwerth p. 110.

<sup>4</sup> Schreiber, RPS 63 p. 41 ; Thomann/von Overbeck art. 173 N 3.

<sup>5</sup> Il est bien entendu que le juge ne saurait être tenu, chaque fois qu'un plaignant est accusé de violer le droit, de contrôler la « moralité » de la norme juridique en cause. Celle-ci est présumée. Ce n'est que dans les cas patents que la distinction entre droit et morale est décisive.

55. Selon la conception morale de la considération, défendue par le TF, le reproche de manquer des facultés nécessaires à jouer son rôle social atteint la considération à la condition que le fait d'exercer une activité en dépit de ces inaptitudes soit fautif. Cette jurisprudence est satisfaisante. Schultz et Stratenwerth prônent en fait une solution qui n'est guère différente, mais en partant de la conception sociale. Or, cette conception est, comme nous l'avons vu, génératrice de multiples difficultés.

56. En outre, il faut relever que le critère moral est celui que les pères du Code pénal ont voulu. Stooss, dans son exposé des motifs<sup>1</sup>, parle uniquement de « graves défaillances morales ». Et la Première Commission d'experts admet sans discuter la conception morale de Stooss.<sup>2</sup> Zürcher est clair : « Toutefois le texte du projet nous renseigne sur deux points : en premier lieu, l'honneur qu'il s'agit ici de protéger, c'est celui-là seulement qui est basé sur des qualités morales... »<sup>3</sup> Hafter, en Deuxième Commission d'experts, proposera, mais en vain, de modifier l'avant-projet et d'introduire une notion sociale de la considération.<sup>4</sup>

57. Reste le cas de l'imputation de souffrir de maladie mentale. On a proposé d'en faire une espèce *sui generis* d'atteinte à l'honneur.<sup>5</sup> Cette construction, ainsi que le recours à la conception sociale, sont inutiles. Nous pensons en effet que l'interprétation jurisprudentielle de la conception morale est, sur ce point, erronée. D'après la conception morale, le reproche d'être atteint d'une faiblesse d'esprit est une atteinte à la considération si ce reproche s'adresse à un individu qui ne souffre pas de la prétendue carence.

En résumé, la jurisprudence du TF, consacrant la conception morale de la considération, peut être approuvée sous deux réserves. La première est essentielle : le reproche d'être atteint d'une faiblesse d'esprit constitue une atteinte à la considération, sauf si l'auteur peut prouver qu'il visait une personne souffrant effectivement d'une déficience mentale. La seconde est moins importante : l'imputation de transgresser une règle juridique n'est pas en soi attentatoire à la considération, tant qu'elle ne contient pas simultanément celle de violer la loi morale.

## Section 2 *L'atteinte à l'honneur au sens normatif*

58. D'après la jurisprudence constante du TF, les imputations propres à réaliser l'injure sont les mêmes que celles qui atteignent la considération (et que nous avons déterminées en section première) : la conception de l'honneur à l'article 177 CPS est la même que la conception de la considération aux articles 173 et 174 CPS. La doctrine unanime est, sur ce point, du même avis que le TF : la notion de l'honneur retenue (sociale ou morale) doit concerner l'ensemble des articles 173 à 178 CPS. Ce point de vue doit être admis. Autant les travaux préparatoires que la systématique de la loi (l'injure est un délit subsidiaire par rapport à la diffamation et à la calomnie) le confirment. Ce problème n'est d'ailleurs soulevé expressément nulle part, tant sa solution paraît claire.

<sup>1</sup> Stooss, Motifs, p. 320.

<sup>2</sup> P.-v. 1<sup>re</sup> Comm. d'exp., part. spéc. p. 77 ss.

<sup>3</sup> Zürcher p. 179-180 ; cf., dans le même sens, Lang, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. exp. Vol. II p. 429.

<sup>4</sup> Hafter, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. exp. Vol II p. 426.

<sup>5</sup> Hirsch p. 82.

59. Deux précisions s'imposent cependant. L'imputation de violer un devoir atteint la dignité humaine. Quant au droit au respect formel, il est, avons-nous dit, atteint par la seule transgression des formes. Ce n'est pas le contenu de l'imputation qui réalise ici le délit. Concernant l'injure formelle, le débat entre conception morale et conception sociale est donc sans objet.<sup>1</sup> Pour retenir l'injure formelle, le juge devra déterminer quelles sont les règles de formes considérées comme juridiquement obligatoires en un lieu, à une époque, et dans un milieu donnés.

60. Enfin, il faut relever – et c'est important – que l'honneur n'est pas atteint par l'imputation faite à un individu, même tout à fait sain d'esprit, qu'il souffre de maladie mentale. Nous avons admis qu'une telle assertion, concernant un individu normal, le déconsidère parce qu'elle comprend le reproche que cet homme ne remplit pas ses obligations. Tout change avec l'honneur qui ne se fonde pas sur l'existence et l'accomplissement des obligations, mais sur la dignité humaine. L'opinion d'autrui n'est plus en cause puisque l'injure par allégation de fait ne peut se réaliser qu'entre quatre yeux (c'est sinon une diffamation ou une calomnie). En reprochant donc à quelqu'un, sans qu'un tiers n'intervienne, d'être débile mental, on n'atteint pas sa dignité d'homme puisqu'un aliéné possède cette dignité (nos 63 ss).

Réservé le cas, qui est fréquent, d'injure formelle, l'honneur au sens normatif n'est par conséquent pas touché par l'insinuation que quelqu'un souffre de maladie mentale.

<sup>1</sup> Cf., dans le sens contraire, Strehle p. 14 et Noll, BJM 1959 p. 8.

## DEUXIÈME PARTIE    LE TITULAIRE DE L'HONNEUR

## CHAPITRE PREMIER : L'HONNEUR DES PARTICULIERS

### *Section première L'honneur des personnes incapables d'agir fautivement*

**61.** La considération – au sens des articles 173 et 174 CPS – d'une personne dépend de la proportion de devoirs moraux qu'elle remplit (n° 12). Pour savoir si un enfant ou un faible d'esprit jouit de considération, il faut donc d'abord établir s'il est tenu par la règle morale dont on lui reproche la violation. Ainsi, on appréciera de cas en cas la considération des enfants et des personnes privées de discernement. Par exemple, le TF a rejeté à juste titre la plainte déposée par le père d'un enfant de douze ans, accusé de tenir des propos indécents : « Ce qu'une personne adulte honorable ne doit pas laisser dire sur son compte ne porte pas nécessairement atteinte à l'honneur d'un enfant, dont on ne saurait attendre la même conduite que de la part d'un adulte. Les dires de Bamert père à propos du recourant pouvaient le faire passer pour un écolier ayant encore besoin d'être éduqué moralement. Un tel reproche à l'égard d'un enfant de douze ans, dont l'éducation dans ce domaine ne peut pas encore être achevée mais doit au contraire être poursuivie, précisément à cet âge, avec une persévérance toute particulière, n'est pas de nature à rendre cet enfant méprisable aux yeux d'autrui ». <sup>1</sup> En revanche, si l'enfant avait été traité de voleur ou de menteur, ou s'il avait été plus âgé, il aurait peut-être fallu juger différemment.

**62.** *Quid* des personnes qui sont totalement inconscientes, soit qu'elles sont très jeunes, soit qu'elles souffrent, au sens de l'article 10 CPS, d'une grave altération de la conscience, de telle sorte qu'elles ne peuvent pas agir fautivement ? (Nous les appellerons, pour simplifier, les nouveau-nés et les malades mentaux.) Ces personnes, selon la quasi-unanimité de la doctrine, jouissent d'une entière considération. <sup>2</sup> Cette opinion est, à notre avis, erronée : puisque c'est l'exécution des obligations morales qui engendre la considération, ceux qui ne sont pas assujettis à la loi morale n'en possèdent pas. Celui qui accuse un nourrisson âgé de trois jours d'être un voleur ou qui prétend qu'un aliéné a abusé de sa confiance passera soit pour un sot, soit pour un infâme personnage, mais ne déconsidérera pas ceux-ci.

On objectera que notre thèse, inspirée de la seule logique, conduit à une injustice grossière : les plus démunis et les plus faibles de la société sont en effet privés juridiquement d'un droit essentiel, à savoir la considération. Nous répondons qu'elle n'a aucun effet funeste en pratique : les nouveau-nés et les malades mentaux jouissent de l'honneur au sens normatif ; or, nous montrerons qu'un comportement en principe constitutif de calomnie ou de diffamation, devient constitutif d'injure quand la victime est un malade mental ou un nouveau-né.

<sup>1</sup>JT 1947 IV 50 = 72 IV 174 ; cf, dans le même sens, 72 IV 176 ss.

<sup>2</sup>Stratenwerth, p. 112 ; Rehberg p. 103 ; Schwander n° 601 ; Blei p. 82 ; Herdegen vor para. 185 N 14 ; Welzel p. 305 ; Lenckner vorbem para. 185 N 3 ; Schneider p. 70 ; Strehle p. 24 et 25 ; Hirsch p. 45.

63. D'abord, les nouveau-nés et les malades mentaux jouissent de l'honneur au sens normatif. En effet, l'honneur au sens normatif, qui est protégé à l'article 177 CPS, découle de la qualité d'homme, de la dignité reconnue à l'être humain. Cela implique que tout homme, quels que soient son âge, ses facultés intellectuelles, son rang ou tout autre caractère, détient un honneur au sens normatif. La dignité humaine, fondement de ce bien, appartient à chacun dans une égale mesure. Aussi, le nouveau-né et le malade mental en jouissent-ils pleinement, sans restriction aucune. L'opinion de Moser, par exemple, ne saurait être suivie : selon lui, les enfants et les faibles d'esprit ne peuvent être injuriés que s'ils ont le sentiment de l'honneur et que s'ils comprennent le sens d'un acte contraire à l'honneur ; la réalisation de ces deux conditions dépend, pour l'enfant, de son âge, de son intelligence, etc ; quant au handicapé mental, elles ne sont satisfaites que durant les *lucida intervalla*, les périodes de conscience.<sup>1</sup>

64. Ensuite, il faut souligner qu'en cette matière, le champ d'application de l'article 177 CPS se trouve élargi. Si on reproche à Dupont, devant un tiers, un fait déshonorant (un vol, par exemple), on souille sa considération. Si Dupont est privé du discernement, on ne commet ni calomnie, ni diffamation, car il ne jouit d'aucune considération. Cependant, cette même allégation se transforme alors en une *injure formelle* et son auteur doit être reconnu coupable d'avoir violé l'article 177 CPS. Il ne s'agit pas d'une injure par allégation de fait, puisque, par hypothèse, la victime est incapable de comprendre qu'on lui reproche certains faits. En revanche, la victime, quel que soit son état mental, possède un droit au respect formel. C'est violer ce droit, par exemple, que de traiter de voleur un nourrisson de trois ans. Si on dit à un homme sain d'esprit qu'il est « une merde », on allègue en quelque sorte un fait, mais un fait si absurde que ce comportement constitue une injure formelle. Parcillemt, en qualifiant de voleur un nourrisson de trois jours, on dit une telle ineptie – que l'intéressé est du reste incapable de comprendre – que *l'allégation de fait*, comme dans l'exemple précédent, *devient une injure formelle* : de même que tout le monde sait qu'un homme n'est pas constitué de matière fécale, on sait qu'un nourrisson ne saurait être un voleur. Dans les deux cas, étant donné les circonstances, il n'y a pas d'allégation de fait, mais une violation du droit au respect formel.

En résumé, les personnes incapables d'agir fautivement n'ont pas de considération, mais jouissent d'honneur au sens normatif : elles ne peuvent être l'objet ni de calomnie, ni de diffamation, mais d'injure ; un comportement en principe constitutif de diffamation ou de calomnie devient à leur égard, une injure formelle, punissable en vertu de l'article 177 CPS.

## Section 2 *L'honneur des morts*

65. Une autre question controversée concerne la mémoire des morts. Il s'agit d'interpréter l'article 175 CPS.<sup>2</sup> Cette disposition protège-t-elle l'honneur du défunt lui-même ou le bien d'un vivant, à savoir le sentiment de piété des proches envers le défunt ?

Ce problème est à vrai dire d'un intérêt limité. Hafter parle d'un « Streit um Worte ». <sup>3</sup> Stratenwerth montre néanmoins qu'il doit être résolu en cas d'erreur

<sup>1</sup> Moser p. 90 et 91.

<sup>2</sup> « Si la diffamation ou la calomnie vise une personne décédée ou déclarée absente, le droit de porter plainte appartient aux proches du défunt ou de l'absent. »

<sup>3</sup> Hafter p. 188.

(lorsque l'auteur croit diffamer ou calomnier une personne vivante qui est en fait décédée ou, à l'inverse, un mort qui ne l'est pas), afin de déterminer le degré de réalisation du délit.

En effet, dans ce cas, si l'article 175 CPS protège le sentiment de piété des proches, l'auteur ne commet qu'une tentative (au sens large); s'il protège au contraire l'honneur du défunt lui-même, l'auteur se rend coupable d'un délit consommé.<sup>1</sup>

A notre avis, résoudre cette question est nécessaire dans une autre hypothèse encore. Nous prétendons même que ce cas est le plus important : il est certainement moins rare et porte non plus sur le degré de réalisation de l'infraction, mais sur son existence même. Seules sont punissables, en effet, selon l'article 175 CPS, la diffamation et la calomnie contre un mort ou un absent, et non pas l'injure. Il s'en suit, comme le note Hafter, que le reproche adressé à un mort est toujours tenu en présence d'un tiers.<sup>2</sup> Admettons que la seule personne qui ait entendu l'allégation délictueuse soit un proche du défunt : si la loi protège l'honneur du mort, le proche, qui est témoin de l'acte délictueux, est un tiers, et le délit est commis ; si, en revanche, elle préserve le sentiment de piété des parents, le proche est alors la victime plutôt que le tiers, ce qui signifie qu'un des éléments constitutifs de la diffamation ou de la calomnie fait défaut.

66. Logoz soutient que l'article 175 CPS concerne non pas l'honneur du défunt, mais « les sentiments de respect ou de piété des survivants », voire indirectement « leur honneur ». <sup>3</sup> Binding note que le défunt n'a plus d'honneur, car il n'en a plus besoin. L'honneur inné comme l'honneur acquis l'accompagne dans la tombe. <sup>4</sup> Ce point de vue est aussi celui de Hafter, Rehberg, Moser, Blei, Lenckner et Gross. <sup>5</sup> En revanche, Stratenwerth, Schwander, Welzel, Herdegen et Hirsch sont d'un avis contraire. <sup>6</sup>

Quant à nous, nous pensons que la loi pénale protège effectivement la considération de la personne décédée ou déclarée absente.

67. D'abord, le code ne se réfère pas à un sentiment, au chapitre des atteintes à l'honneur. Ce qui a été écrit au sujet du sentiment de l'honneur concerne par analogie le sentiment de piété : celui-ci peut faire défaut et peut ne pas être entamé du tout par une diffamation contre un mort. <sup>7</sup>

Comment en outre définir un sentiment que la loi n'évoque explicitement nulle part ? D'ailleurs, il peut n'exister aucun proche ; dans ce cas, le coupable ne sera pas puni, car personne n'aura qualité pour se plaindre ; mais cela signifie-t-il que le délit n'a pas été commis ? Nous ne le pensons pas.

A la lecture des travaux préparatoires, il apparaît en effet que les experts ont presque tous considéré que l'article 175 CPS actuel régleme le droit de plainte. L'article 28 CPS étant inapplicable en l'espèce, car le lésé a disparu, il fallait attribuer des représentants à ce dernier. On a choisi ses proches. Aucun des avant-projets de cette disposition ne définit les éléments constitutifs ou l'objet d'un

<sup>1</sup> Stratenwerth p. 130 ; cf. en outre Herdegen para. 189 N 8 et Hirsch p. 143.

<sup>2</sup> Hafter p. 193.

<sup>3</sup> Logoz, spéc. p. 241.

<sup>4</sup> Binding p. 139

<sup>5</sup> Hafter p. 187 ; Rehberg p. 111 ; Moser p. 92 ; Blei p. 83 et 90 ; Lenckner *vorbem* para. 185 N 3 et para. 189 N 1 ; Gross p. 5.

<sup>6</sup> Stratenwerth p. 112 et 130 ; Schwander n° 601 ; Welzel p. 305 ; Herdegen para. 189 N 4 et Hirsch p. 134.

<sup>7</sup> Hirsch p. 132.

délit spécial, mais tous<sup>1</sup>, ainsi que le Projet de 1918<sup>2</sup>, concernent le droit de porter plainte. De même, la plupart des membres de la Deuxième Commission d'experts ont envisagé le problème sous cet angle.<sup>3</sup> Seuls Zürcher et Gautier<sup>4</sup> notent qu'« un mort n'a pas de droit ». Quant à Stooss, il mentionne à la fois « la réputation des morts », l'intérêt de la « veuve et des parents les plus rapprochés »<sup>5</sup>, la « mémoire du défunt » et le « sentiment de pitié des survivants »!<sup>6</sup>

L'expression « droit de porter plainte » a été reprise telle quelle dans la loi actuelle. On ne voit donc pas pourquoi l'article 175 CPS, alors qu'il se réfère à deux délits précis, définis aux deux articles précédents, protégerait un bien différent de celui qui est l'objet des articles 173 et 174 CPS. Rien ne permet de tirer une telle conclusion. Le Code pénal ne fait pas la moindre allusion au sentiment de pitié. Il est donc juste de conclure, avec Stratenwerth<sup>7</sup>, que l'article 175 CPS ne concerne que l'attribution du droit de porter plainte.

68. Une précision s'impose cependant. Selon Welzel et Hirsch<sup>8</sup>, l'honneur du défunt est protégé car la dignité humaine subsiste après la mort dans une certaine mesure. Cette proposition ne saurait être approuvée : il n'y a plus rien d'humain quand l'homme a disparu. Il est évident que la dignité humaine s'efface avec la vie.

De là, il découle qu'un mort, bien qu'il possède la considération due aux règles observées de son vivant, ne jouit pas de l'honneur au sens normatif. C'est pourquoi le législateur a admis qu'un défunt peut être calomnié ou diffamé, mais non pas victime d'injure (art. 175 CPS).

69. Ce qui précède nous conduit à rejeter une distinction que fait Stratenwerth. Selon lui, il est important de savoir si la loi protège l'honneur du défunt ou le sentiment de pitié des proches, quand une injure est commise à l'égard d'un vivant que l'auteur croyait mort. Dans une pareille hypothèse, selon Stratenwerth, si on considère que l'article 175 CPS protège le sentiment de pitié, l'auteur ne doit pas être puni, ce que nous approuvons. Mais, ajoute-t-il, si on est d'avis – et Stratenwerth l'est – que la disposition légale vise l'honneur du mort, l'injure contre quelqu'un que l'auteur tient faussement pour décédé doit être sanctionnée.

Cette dernière opinion semble méconnaître que l'honneur – au sens normatif – du mort n'existe tout simplement pas (d'une part parce qu'il n'a plus de dignité humaine et, d'autre part, en vertu de l'article 175 CPS lui-même). Si la victime est vivante sans que l'auteur ne le sache, et qu'on juge celui-ci d'après sa propre appréciation des faits, on ne saurait retenir une infraction contre lui. En d'autres termes, il faut, dans cette hypothèse, pour que l'auteur puisse être puni, qu'il existe, comme le note d'ailleurs Stratenwerth lui-même, une identité de bien protégé, s'agissant du vif comme du mort. Or, cette identité fait précisément défaut : le vivant jouit de l'honneur au sens normatif, et non pas le mort, rappelons-le.

<sup>1</sup> AP Stooss, art. 122 ; AP de 1903, art. 101 et 102 ; AP de 1908, art. 107 ; AP de 1916, art. 156.

<sup>2</sup> Projet de 1918, art. 153.

<sup>3</sup> Le président Müller, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. II p. 456 et Vol III p. 89 ; Kronauer et Lohner, Vol. III p. 89 ; Lang, Vol. VII p. 283 ; Reichel et Thormann, Vol. VII p. 284 ; et même Hafer Vol. VII p. 285.

<sup>4</sup> Zürcher p. 185 ; Gautier, p.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. II p. 455.

<sup>5</sup> Stooss, Motifs p. 323.

<sup>6</sup> Stooss, Gründzüge p. 296.

<sup>7</sup> Stratenwerth p. 130.

<sup>8</sup> Welzel p. 305 ; Hirsch p. 126.

70. En résumé, les personnes décédées possèdent une considération, mais non pas d'honneur au sens normatif. Si l'auteur est dans l'erreur (n° 65) et qu'il commet une calomnie ou une diffamation, il se rend coupable d'un délit consommé. En revanche, une injure à l'égard d'un mort est impossible, même quand l'auteur se représente mal la réalité et atteint en fait un vif. En outre, lorsque la diffamation ou la calomnie contre un mort est commise en présence d'un proche, celui-ci – quand bien même il est habilité à porter plainte – est un tiers au sens des articles 173 et 174 CPS.

## CHAPITRE 2 L'HONNEUR DES COLLECTIVITÉS

71. Les collectivités sont des ensembles de personnes ou des ensembles de biens. Quand elles sont dotées de la personnalité juridique, ce sont respectivement des corporations et des établissements.

Les collectivités possèdent-elles les biens protégés aux articles 173 à 178 CPS, à savoir la considération et l'honneur au sens normatif? Nous répondrons affirmativement s'il existe un fondement de l'honneur des collectivités compatible avec la loi pénale. Dans le cas contraire, nous concluons que l'honneur pénal des groupements n'existe pas.

Une littérature volumineuse – surtout allemande – a déjà traité ce sujet. Toutefois, alors que les opinions relatives à la notion de l'honneur ont pu être rangées en des écoles distinctes, il n'est pas possible de dégager des tendances aussi nettes, s'agissant de l'honneur des collectivités. Bien au contraire, une remarquable confusion règne en ce domaine, de sorte que Kaufmann parle de *bellum omnium contra omnes*.<sup>1</sup> De nombreux arguments sont avancés afin de justifier l'honneur des collectivités. Mais l'échelle des valeurs, et la façon d'aborder le problème, changent notablement selon les auteurs. Kaufmann, par exemple, qui traite la question sur la base d'un jugement de valeur (n° 93), note que la plupart des critères proposés ne fondent pas l'honneur des collectivités, mais la simple existence de celles-ci.<sup>2</sup> D'ailleurs, nous verrons que la doctrine omet parfois de distinguer les conditions fondant l'honneur des groupements de celles qui définissent une notion de l'honneur, fût-elle particulière aux collectivités.

Aussi notre tâche sera d'élaguer et d'ordonner. Elaguer : nous n'examinerons que les propositions essentielles, en établissant en outre une hiérarchie entre elles. Ordonner : nous choisirons un classement tripartite, selon que les théories se rapportent à l'unité formelle de la collectivité, selon qu'elles en fondent l'unité matérielle ou selon qu'elles constituent un jugement de valeur. A l'intérieur de ces trois catégories, nous suivrons une sorte de progression vers l'affinement, la pertinence et donc la complexité des critères proposés. Ainsi, la *personnalité morale*, la *capacité de la collectivité de former sa propre volonté* et la *fonction sociale*, qui sont les aboutissements de leur type respectif, apparaîtront comme les fondements les plus élaborés et les plus dignes d'intérêt.

Nous ne traiterons pas longuement de l'honneur des autorités, ni de l'honneur de

<sup>1</sup> Kaufmann p. 418.

<sup>2</sup> Kaufmann p. 425.

l'Etat et des institutions interétatiques, car ces questions ont été résolues clairement dans la loi. Alors qu'en France<sup>1</sup> et en Allemagne<sup>2</sup> l'honneur des autorités est protégé pénalement, il ne l'est pas en Suisse. En effet, le parlement fédéral a rejeté, en 1950, une proposition du Conseil fédéral visant à protéger, dans un article 177 bis CPS, l'honneur des autorités (n° 113). Quelques années auparavant, l'existence d'un tel honneur avait déjà été niée par le TF.<sup>3</sup> Quant à l'honneur de l'Etat et de certaines institutions interétatiques, son atteinte est réprimée par les articles 270 et 298 CPS (atteinte aux emblèmes suisses et étrangers), 296 et 297 CPS (outrages aux Etats étrangers ou à certaines institutions interétatiques). Ces normes ne sauraient évidemment avoir quelque influence sur le problème de l'honneur pénal des collectivités, au sens des articles 173 à 178 CPS.

### *Section première Les critères proposés*

#### *I. Les critères relatifs à l'unité formelle de la collectivité*

Un premier type de critères est celui qui fonde ce que nous nommons l'unité formelle de la collectivité. Il faut et il suffit que la collectivité représente formellement une entité pour qu'elle possède un honneur pénal. Ces critères sont essentiellement : le nombre de membres et la durée du lien social, l'organisation et la personnalité morale.

##### a) Le nombre de membres et la durée du lien social

72. Gross a proposé, entre autres conditions, que seuls les groupements comptant un grand nombre de membres soient titulaires d'un honneur.

Dans les petites collectivités, dit-il, ce sont toujours des individus qui apparaissent au premier plan, et l'honneur de l'ensemble est exclu. Si le groupe est nombreux, en revanche, les membres se dissolvent en son sein et perdent leur spécificité, de sorte que la collectivité est considérée par les tiers comme une entité, une unité distincte.<sup>4</sup> Ainsi, d'après Gross, les sociétés en commandite et en nom collectif – composées en général de peu de monde – n'ont pas d'honneur. De même, les sociétés anonymes comptant peu d'actionnaires sont dépourvues d'honneur.<sup>5</sup>

73. Plusieurs auteurs estiment que le caractère durable d'une communauté lui confère un honneur.<sup>6</sup> Pour Welzel, le fait qu'une collectivité perdure et survive à ses membres, grâce à la possibilité de remplacer ceux-ci, est le signe d'une existence autonome, et, partant, d'un honneur. Welzel cite l'exemple du régiment.<sup>7</sup> Roth est du même avis : une collectivité qui n'est pas destinée à durer ne possède pas de volonté propre et, par conséquent, pas d'honneur. C'est pourquoi, ajoute-t-il, certaines sociétés simples et certaines communautés – telles que la communauté des

<sup>1</sup> Art. 30 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>2</sup> Para. 194 StGB.

<sup>3</sup> 69 IV 81 ss.

<sup>4</sup> Gross p. 26.

<sup>5</sup> Gross p. 27.

<sup>6</sup> Gross p. 25 ; Welzel ZStW 57 p. 43 ; Roth p. 87.

<sup>7</sup> Welzel ZStW 57 p. 43.

créanciers gagistes, l'hoirie ou la communauté de biens des époux – ne possèdent pas d'honneur.<sup>1</sup>

74. D'emblée, le double critère du nombre de membres et de la durée apparaît comme inutilisable et trop simpliste. Inutilisable : aucun des auteurs qui le préconisent ne définit ces notions de façon précise. Combien de membres ou quelle durée sont exactement requis ? Personne ne peut le dire. Trop simpliste : il existe de petites collectivités qui constituent des unités formelles. Gross estime que l'individualité de chaque membre fond dans de grands ensembles. Cette règle n'est pas absolue : la personnalité de certaines personnes physiques peut, bien au contraire, rejaillir d'autant plus distinctement que le groupe est nombreux. Qui n'a pas assimilé telle grande association, telle société, tel syndicat ou tel parti politique à quelques-uns de ses dirigeants ? Inversement, on peut prétendre de façon plausible que c'est dans les petites communautés, comme la famille, que la spécificité de chacun s'efface derrière la désignation commune. D'autre part, il est faux de croire qu'une association dont quelques agents sont particulièrement mis en évidence ne peut pas être considérée comme une unité capable de vouloir et d'agir. Paradoxalement, la forte personnalité de certains membres peut renforcer le caractère autonome et unitaire de l'ensemble. Les formations politiques connaissent bien ce phénomène, qui ont besoin de meneurs de forte personnalité afin de donner l'image de leur cohérence et de leur force.

Les mêmes remarques sont valables s'agissant de la durée du lien social. Certaines hoiries existent pendant des dizaines d'années ; un contrat de mariage est conclu en principe pour une longue durée. A l'inverse, des sociétés et même des milices sont créées à des fins tout à fait temporaires et ponctuelles. Pensons à un comité de soutien d'une initiative constitutionnelle ou à un groupe constitué pour la sauvegarde d'un monument ou d'un site, qui, une fois son but atteint ou suite à l'échec, se dissout.

## b) L'organisation

75. D'après Hafter<sup>2</sup>, il suffit qu'un groupe soit organisé pour qu'il soit titulaire d'un honneur. Flatten a repris cette idée.<sup>3</sup> Roth s'y oppose.<sup>4</sup>

Quel type d'organisation est nécessaire ? Faut-il une organisation reconnue par le droit ? Une décision expresse du groupe concernant son organisation est-elle exigée ? Ou une convention tacite sur la répartition des tâches et l'aménagement de l'existence commune, comme dans la vie familiale, suffit-elle ?

Ces questions montrent à l'envi que la notion d'organisation est trop vague pour fonder l'honneur des collectivités. Flatten écrit : « Allein das Ob, nicht aber das Wie der Organisation entscheidet. »<sup>5</sup> Or cette distinction entre le si et le comment, entre l'existence et la façon d'exister, est purement théorique : c'est le mode d'organisation qui détermine, en fait, la réalité de celle-ci. Ce critère est donc sans grand intérêt. Il mérite plus d'attention quand l'organisation est spécifique et entraîne la personnalité morale.

<sup>1</sup> Roth p. 88.

<sup>2</sup> Hafter p. 185 et 186 N 1.

<sup>3</sup> Flatten p. 15.

<sup>4</sup> Roth p. 87.

<sup>5</sup> Flatten p. 15.

### c) La personnalité morale

76. La personne morale est une collectivité privilégiée de l'ordre juridique. Ainsi, plusieurs auteurs se sont demandé si la *nature* de la personne morale n'implique pas que celle-ci possède un honneur pénal.

Cette nature est toutefois controversée. On a tenté de la cerner selon trois théories essentiellement. La personne morale est considérée soit comme une *réalité*, soit comme une *fiction*, soit comme une *abstraction*. Selon la théorie de la réalité, la personne morale est un être véritable, jouissant de la capacité civile et possédant une volonté propre que ses organes expriment. D'après la doctrine de la fiction, seul l'être humain peut effectivement avoir des droits et des obligations ; la personne morale est une création artificielle, sans existence réelle, incapable de former sa propre volonté et dépourvue de l'exercice des droits civils ; ses organes ont donc la fonction de représentants. Enfin, la théorie de l'abstraction constitue un moyen terme : les seuls titulaires de droits et d'obligations sont les personnes physiques, mais celles-ci forment ensemble une entité personnalisée ; « la personne morale n'est pas un être naturel, mais une création de l'esprit ; ce n'est cependant pas une pure fiction, une représentation arbitraire, l'illusion d'une existence sans réalité. La personne morale est une abstraction tirée de quelque chose de réel ». <sup>1</sup>

L'honneur des collectivités est ainsi admis ou exclu en fonction de la théorie retenue quant à la nature des personnes morales. Schenitzka se prononce pour la théorie de la réalité et en déduit que les personnes morales jouissent d'un honneur. <sup>2</sup> Gross et Roth rejettent cette théorie, qu'ils considèrent comme inacceptable en soi. <sup>3</sup> Ils notent en outre que, selon la théorie de la fiction, l'honneur des personnes morales doit être nié, mais ils la contestent aussi. <sup>4</sup> Ils jugent en revanche bien fondée la théorie de l'abstraction, laquelle reconnaît l'honneur pénal des personnes morales. <sup>5</sup> L'honneur de la personne morale doit être compris comme l'honneur commun d'une collectivité, comme un honneur collectif au sens propre du terme. <sup>6</sup> L'honneur individuel de chacun des membres fonde l'honneur collectif.

77. A première vue, la démarche de ces auteurs semble issue du bon sens. Les attributs liés à la personnalité morale, bien que déterminés par le droit civil, dépassent largement celui-ci. Il n'y a guère de branches du droit où la notion de personnalité morale ne soit pas prise en considération. Même le Code pénal se réfère à ce concept. <sup>7</sup> L'honneur ayant été défini comme une valeur personnelle, il paraît logique que toutes les personnes – mais seulement elles – puissent s'en prévaloir. Dès lors, s'agissant des collectivités, la tentation est grande d'admettre que les personnes morales sont titulaires d'un honneur. Du point de vue du droit civil, ce raisonnement est sans faille. Le Code civil accorde les mêmes droits aux personnes juridiques qu'aux personnes physiques, sauf s'ils sont « inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté » (art. 53 CCS). Ainsi, les articles 27 et 28 CCS, concernant la protection de la personnalité, – et notamment de l'honneur – peuvent être invoqués par une personne morale.

<sup>1</sup> Cf. Patry I p. 78.

<sup>2</sup> Schenitzka p. 43 ss.

<sup>3</sup> Gross p. 45 ; Roth p. 53.

<sup>4</sup> Gross p. 42 ; Roth p. 52.

<sup>5</sup> Gross p. 46 ss. ; Roth p. 56.

<sup>6</sup> Roth p. 57.

<sup>7</sup> Art. 172 et 326 CPS.

78. Cette argumentation ne satisfait pourtant pas le pénaliste. Bruns note à juste titre que la capacité juridique, la capacité d'être partie en justice ou celle de procéder sont des signes extérieurs sans influence sur l'existence de l'honneur.<sup>1</sup> Et Flatten ajoute que l'Etat ne doit pas pouvoir diminuer l'honneur de qui que ce soit ; il ne doit donc pas être autorisé à créer ou à supprimer l'honneur des collectivités par le biais des règles de droit civil sur la personnalité.<sup>2</sup> Stratenwerth et Hafter pensent aussi que la personnalité morale est un critère non pertinent.<sup>3</sup> <sup>4</sup> Il est en effet abusif d'admettre qu'une collectivité jouit d'un honneur pénal parce qu'elle est dotée de la personnalité au sens du droit civil. L'affirmer équivaut à assimiler l'honneur civil à l'honneur pénal. Reconnaître la personnalité du droit civil comme critère de l'honneur, c'est s'acheminer directement vers une définition civile de celui-ci, puisque la notion de personnalité morale ressortit au droit civil. A cet égard, la thèse de Schenitzka est typique. Cet auteur, partant de la théorie de la réalité, constate que la personne morale possède une volonté propre à l'exercice des droits civils. Il en conclut que la capacité juridique s'applique à tous les domaines qui correspondent à la nature de la collectivité, ainsi notamment l'honneur,<sup>5</sup> et que comme la personne morale est un facteur important du droit civil, elle doit aussi en être un en droit pénal, spécialement dans la question de la capacité à être atteinte dans son honneur.<sup>6</sup> Par conséquent, *seules* les collectivités dotées d'organes et considérées comme des unités, c'est-à-dire les personnes *morales*, jouissent d'un honneur.<sup>7</sup> Schenitzka n'admet même pas d'exception pour les sociétés en commandite et en nom collectif.<sup>8</sup> Enfin, selon lui, l'assimilation de l'honneur pénal à l'honneur civil répond à un besoin : comment admettre en effet qu'une collectivité dépourvue de la personnalité morale puisse obtenir la condamnation pénale de son calomnieux, alors qu'elle n'a pas qualité pour demander une réparation civile ?<sup>9</sup> Kohler est du même avis : là où le droit civil ne protège pas la personnalité, il n'existe pas non plus de protection pénale de l'honneur.<sup>10</sup>

79. L'erreur de ces auteurs est de fonder l'honneur pénal des collectivités sur la nature juridique des personnes morales. Le problème de l'honneur pénal des groupements doit s'analyser pour lui-même, à partir de prémisses propres au droit pénal. Il est certes possible que les personnes morales soient titulaires de l'honneur pénal, mais cela doit s'examiner en dernier lieu, quand sont posées, en vertu de la loi pénale, les conditions de cet honneur. La personne morale n'intéressera le pénaliste qu'à titre de comparaison : afin d'examiner dans quelle mesure elle correspond à une collectivité jouissant de l'honneur pénal.

Gross s'est proposé de suivre un cheminement de ce type.<sup>11</sup> Il commence par déterminer les conditions de l'honneur pénal (n° 83). Puis il constate que seules les

<sup>1</sup> Bruns p. 691.

<sup>2</sup> Flatten p. 13.

<sup>3</sup> Stratenwerth p. 113 ; Hafter p. 186 N 1.

<sup>4</sup> Certains auteurs, partisans de ce critère lui fixent des limites : Schütze (cité par Schenitzka p. 56) n'accorde un honneur qu'aux personnes morales de droit public ; Olshausen (para. 185) estime que seules les corporations, à l'exclusion des établissements, ont un honneur.

<sup>5</sup> Schenitzka p. 45.

<sup>6</sup> Schenitzka p. 55.

<sup>7</sup> Schenitzka p. 61.

<sup>8</sup> Schenitzka p. 65.

<sup>9</sup> Schenitzka p. 66.

<sup>10</sup> Cité par Krug p. 44.

<sup>11</sup> Gross p. 40-41.

personnes morales remplissent ces exigences et donc que celles-ci sont les seules collectivités à posséder l'honneur pénal.<sup>1</sup> On pourrait certes, ajoute-t-il, reconnaître un honneur pénal à certains groupes privés de l'exercice des droits civils, tels que la famille, l'État ou le peuple, mais l'intérêt public ne l'exige pas.<sup>2</sup>

Roth prétend aborder le problème de la même façon. Il dit ne s'intéresser aux personnes morales qu'à titre d'exemple<sup>3</sup>; il admet que l'honneur pénal est un concept différent de l'honneur civil<sup>4</sup> et que la qualité de personne morale ne saurait suffire à déterminer un honneur pénal.<sup>5</sup>

Toutefois, son analyse se base en fait sur la nature des personnes morales. Ont un honneur, dit-il, les collectivités capables de vouloir et d'agir (n° 84 ss), mais c'est la théorie civile de l'abstraction qui fonde cette capacité.<sup>6</sup> Il faut en outre, poursuit Roth, que les collectivités puissent agir contrairement à la morale pour posséder un honneur; or elles le peuvent en vertu de la théorie de l'abstraction.<sup>7</sup> Et c'est aussi cette théorie qui rend compatible la conception morale de l'honneur avec l'existence d'un honneur collectif.<sup>8</sup> Dès lors, Roth conclut: en résumé, on peut dire que sont susceptibles d'être atteints dans leur honneur, tous les groupements représentant une unité capable de vouloir et d'agir et tenue par ses devoirs. Ces conditions ne sont en général remplies que par les personnes morales et les sociétés en commandite et en nom collectif.<sup>9</sup> Il admet cependant quelques exceptions: selon les circonstances, certaines sociétés simples et certaines communautés de propriétaires peuvent être titulaires d'un honneur.

Il est certes incontestable que Roth définit une notion pénale de l'honneur différente d'une conception civile. Comment se peut-il alors qu'il construise sa thèse – du moins dans ses articulations principales – sur une théorie empruntée au droit civil?

Il commet en fait une seconde erreur qui redresse la première. Il analyse en effet la nature de la personne morale selon la théorie de l'abstraction. Or, la nature de la personne morale résulte de façon claire et précise du Code civil. La théorie de l'abstraction est devenue – comme celle de la réalité ou celle de la fiction – sans intérêt pratique depuis l'entrée en vigueur du Code civil.<sup>10</sup> En d'autres termes, la thèse de Roth revient à construire l'honneur pénal des collectivités à partir des articles 27 et 28 CCS, ce qui est évidemment inacceptable.

## *II. Les critères relatifs à l'unité matérielle de la collectivité*

Une deuxième optique est de ne reconnaître un honneur qu'aux collectivités constituant matériellement une unité. Diverses conditions sont envisageables, afin d'admettre l'existence d'une entité réelle: l'unité externe, l'unité interne, la conscience d'avoir un honneur collectif, l'activité qualifiée de la collectivité et enfin la capacité de la collectivité de former sa propre volonté.

<sup>1</sup> Gross p. 62.

<sup>2</sup> Gross p. 62-70.

<sup>3</sup> Roth p. 47.

<sup>4</sup> Roth p. 69 ss.

<sup>5</sup> Roth p. 92-93.

<sup>6</sup> Roth p. 56.

<sup>7</sup> Roth p. 63.

<sup>8</sup> Roth p. 79.

<sup>9</sup> Roth p. 88.

<sup>10</sup> Tuor/Schnyder p. 108; Egger p. 348.

a) L'unité externe

80. Le critère le plus simple est certainement celui que nous nommons l'unité externe. Gerwig, Schneider, Gross et von Litzl le défendent : il faut que le monde extérieur estime que l'ensemble considéré apparaisse comme une unité.<sup>1</sup> Les groupes d'individus ont un honneur pénal s'ils sont reconnus comme des personnalités collectives dans le corps social.<sup>2</sup> Quand est-ce le cas ? Poser cette question, c'est renvoyer à d'autres notions. C'est pourquoi l'unité externe apparaît plus comme une pétition de principe, une déclaration d'intention que comme un critère utilisable.

b) L'unité interne

81. L'honneur des groupements est parfois déduit de ce que nous appelons l'unité interne.<sup>3</sup> Il s'agit d'un esprit commun, d'une solidarité issue d'une aspiration commune, d'une morale commune, d'une loi, d'une association durable de personnes liées soit verticalement, soit horizontalement.<sup>4</sup> Ainsi, selon Bolze, la famille, la classe sociale et la nation, qui ont toutes un esprit de corps, jouissent d'un honneur. D'après Welzel, l'unité interne d'une collectivité se manifeste dans sa fonction historique concrète et dans son caractère durable, indépendant de la vie de ses membres. Subjectivement, elle réside dans la conscience d'être membre.<sup>5</sup>

A cette thèse, Roth oppose deux objections pertinentes. Si les relations personnelles entre les membres fondent l'honneur de l'ensemble, la famille, le peuple, le régiment, l'entreprise possèdent un honneur, alors que les sociétés de capitaux en sont dépourvues, ce qui n'est guère satisfaisant. Surtout, le fait qu'une collectivité représente une unité d'un point de vue interne (ressentie par ses membres), ne signifie pas encore qu'elle constitue une unité externe. Or, celle-ci est nécessaire à fonder l'honneur pénal : seules les entités considérées comme telles par les tiers peuvent être tenues par des devoirs.<sup>6</sup> Par conséquent, l'unité interne est une notion stérile, s'agissant de l'honneur des groupements.

c) La conscience d'avoir un honneur commun

82. Plus intéressante est la thèse défendue par Mezger, Lenckner et Bar.<sup>7</sup> Selon ces auteurs, l'unité interne, c'est-à-dire l'existence de relations étroites et personnelles entre les membres, ne suffit pas. Il faut en outre qu'ils possèdent ensemble la conscience d'avoir un honneur commun. Nous y reviendrons (n° 115).

d) L'activité qualifiée de la collectivité

83. D'après Gross, l'unité externe, condition de l'honneur collectif, est réalisée dès que le groupe exerce une activité. C'est en effet par son activité qu'un ensemble

<sup>1</sup> Gerwig p. 84 ; Schneider p. 73 ; Gross p. 22 ; von Litzl p. 325.

<sup>2</sup> von Litzl p. 325.

<sup>3</sup> Welzel ZStW 57 p. 44 ; Niethammer p. 192 ; Bolze cité par Krug p. 42.

<sup>4</sup> Bolze cité par Krug p. 42.

<sup>5</sup> Welzel ZStW 57 p. 44 ; Schlosky (cité par Kaufmann p. 425) attache lui aussi une importance particulière à la conscience d'être membre.

<sup>6</sup> Roth p. 106.

<sup>7</sup> Mezger p. 99 ; Lenckner *vorbem* para. 185 N 4 ; Bar cité par Schenitzka p. 49.

se manifeste au public. <sup>1</sup> Il s'agit toutefois d'une activité qualifiée : celle-ci doit être *commune*<sup>2</sup>, *licite*<sup>3</sup> et *durable*<sup>4</sup>. Commune : l'activité de chaque individu doit se fonder sur la volonté de l'ensemble. Ainsi les membres d'une branche professionnelle n'ont pas d'honneur collectif. Gross n'exige toutefois pas que la volonté de l'ensemble soit déterminée selon la règle de l'unanimité. Licite : les buts et les moyens de l'activité sociale doivent être conformes au droit. Durable : seule une activité impliquant un renouvellement constant des devoirs sociaux et moraux donne de la collectivité l'image d'un être vivant, assimilé à un être humain. <sup>5</sup> Néanmoins, la durée suffisante se détermine de cas en cas, de sorte que même une société simple peut jouir d'un honneur. <sup>6</sup>

Qui exerce cette activité qualifiée ? Ce sont en principe les personnes morales, y compris les fondations. <sup>7</sup> Il y a toutefois des exceptions. Ainsi, l'activité des sociétés de capitaux (en pratique des sociétés anonymes) n'est pas commune ; ces collectivités n'ont donc pas d'honneur pénal. En effet, la masse des petits actionnaires n'a pratiquement aucun intérêt au travail commun, car elle n'a pas de « coup d'oeil » (Einblick) sur la marche des affaires. <sup>8</sup> Et Gross d'argumenter que bien souvent c'est une banque qui exerce, en tant que mandataire, le droit de vote des actionnaires. Toutefois, alors que la société anonyme ne possède pas d'honneur, en tant que telle, l'entreprise (Unternehmensgemeinschaft) en est titulaire. Or, l'entreprise est représentée en justice par la société anonyme, qui a seule la qualité pour agir ! <sup>9</sup> Gross attribue ainsi le droit de plainte à une personne qu'il dit ne pas être lésée par le délit, ce qui est en complète contradiction avec l'article 28 CPS. En outre, Gross ne définit nullement la notion d'activité. Il ne dit pas notamment si une activité strictement interne, imperceptible des tiers, telle que par exemple l'activité administrative, suffit à fonder l'honneur. Si tel était le cas, le critère de Gross ne serait plus justifié : cet auteur a retenu l'activité qualifiée car celle-ci permet à la collectivité d'apparaître comme une unité aux yeux des tiers. Mais si, au contraire, l'activité interne était insuffisante, il faudrait arrêter une notion précise de l'activité externe, poser une limite entre l'activité juridiquement valable et celle qui ne l'est pas. L'exercice serait périlleux. Gross lui-même ne l'a pas entrepris.

#### e) La capacité de la collectivité de former sa propre volonté

**84.** La capacité de la collectivité de former sa propre volonté est la théorie la plus affinée relative à l'unité matérielle. Concernant l'honneur pénal des groupes, elle constitue le critère le plus élaboré et, à notre sens, le plus judicieux. A première vue, les doctrines qui s'y réfèrent convainquent : la considération dépend de l'accomplissement de devoirs ; or, il faut posséder une volonté propre pour être lié, au sens de la morale, par des obligations et pour être apte à les exécuter. <sup>10</sup> Aussi, plusieurs auteurs estiment que les groupes qui ont une volonté propre – qu'on peut distinguer de celle de leurs membres – jouissent d'un honneur. Ce critère est posé

<sup>1</sup> Gross p. 22 ; cf. en outre Roth p. 50.

<sup>2</sup> Gross p. 22.

<sup>3</sup> Gross p. 24.

<sup>4</sup> Gross p. 25.

<sup>5</sup> Gross p. 25.

<sup>6</sup> Gross p. 26.

<sup>7</sup> Gross p. 60.

<sup>8</sup> Gross p. 56.

<sup>9</sup> Gross p. 57.

<sup>10</sup> Roth p. 49 ss.

comme une condition sinon suffisante, du moins nécessaire de l'honneur pénal des collectivités par Stratenweth, Roth, Strehle, Brunschwig, Maurach et Flatten.<sup>1</sup> C'est aussi une des exigences requises par le Tribunal fédéral allemand<sup>2</sup>. En Suisse, le principe de « Willens- und Handlungsfähigkeit » a surtout été développé par Roth.<sup>3</sup>

Quand un ensemble de personnes ou de biens émet-il une volonté propre ?

85. Selon Flatten, toute collectivité *organisée* est capable de vouloir et d'agir.<sup>4</sup> On aboutit ainsi à la contradiction suivante : des milliers de personnes, qui ne se sont jamais vues, dont les tiers ignorent tout des relations entre elles, sont réputées exprimer une volonté collective propre, et donc jouir d'un honneur collectif, parce qu'elles sont actionnaires d'une société anonyme ou membres d'une grande association (sportive, par exemple), alors qu'une famille de trois membres est inapte à former une telle volonté.<sup>5</sup> Flatten se refuse en outre à définir le degré d'organisation nécessaire et l'objet de l'organisation. Or, on peut concevoir une organisation dont le but n'est pas de dégager une volonté sociale.

86. Roth s'attache à démontrer que la volonté propre de l'ensemble résulte du *processus de décision*. Cette volonté se forme par l'action collective (Zusammenwirken), et la nature particulière de la prise de décision sociale rend indépendante la volonté collective. En effet, au moment où la décision commune se détermine, certains membres peuvent changer d'opinion, être influencés par les arguments et l'attitude d'autres membres, se prononcer en tenant compte des buts, des statuts et de décisions sociales antérieures, ce qu'ils ne font pas lorsqu'ils prennent une décision individuelle. Selon Roth, cette attitude particulière de chacun fonde une volonté indépendante de l'ensemble.<sup>6</sup>

L'importance que cet auteur attache au processus de décision est soulignée de deux façons. D'abord, une société anonyme ne comptant qu'un seul membre perd son honneur pénal : seul l'honneur individuel de l'actionnaire unique subsiste.<sup>7</sup> Notons que cette conclusion contredit le principe de l'indépendance juridique, en vertu duquel on tolère – sauf abus de droit – qu'une société anonyme conserve toutes ses prérogatives propres, même si elle ne compte plus qu'un seul actionnaire.<sup>8</sup>

D'autre part, Roth nie l'existence d'un honneur des établissements car le conseil de fondation ne détermine pas librement ses buts et les moyens de les atteindre, comme le font les organes des corporations ; le conseil de fondation n'est que l'instrument servant la volonté soit du fondateur,<sup>9</sup> soit – concernant les établissements de droit public – de l'autorité qui l'a institué.<sup>10</sup>

Avant Roth, Gerwig déjà s'était référé au processus de décision. Il invoquait alors les lois de la psychologie de masse et de l'hypnose<sup>11</sup> !

A notre avis, il faut rejeter cette théorie pour trois raisons.

<sup>1</sup> Stratenwerth p. 113; Roth p. 49; Strehle p. 134; Brunschwig p. 18; Maurach p. 134; Flatten p. 16.

<sup>2</sup> BGH 6, 191.

<sup>3</sup> Roth p. 49 ss.

<sup>4</sup> Flatten p. 15.

<sup>5</sup> Kaufmann p. 424.

<sup>6</sup> Roth p. 50.

<sup>7</sup> Roth p. 129.

<sup>8</sup> 98 II 99.

<sup>9</sup> Roth p. 129.

<sup>10</sup> Roth p. 132.

<sup>11</sup> Gerwig p. 74.

87. D'abord, elle suppose que seules les collectivités dans lesquelles existe, lors de la prise de décision, l'ambiance particulière dont parle Roth, ont une volonté indépendante. Comment alors répertorier les groupements dans lesquels les assemblées générales sont telles que la personnalité de chacun des membres est modifiée ? Les tribunaux devraient-ils engager des experts en psychologie de masse ?

88. Cette thèse est ensuite contredite par l'opinion de Roth au sujet de l'honneur des sociétés en commandite et en nom collectif. Celles-ci possèdent un honneur, selon cet auteur, pour le seul motif que l'ordre juridique les considère, dans certaines relations, comme des unités capables de vouloir et d'agir.<sup>1</sup> Roth fait ainsi allusion aux attributs de la personnalité morale que ces sociétés ont au plan *externe*.<sup>2</sup> Par conséquent, il ne tient plus du tout compte, dans ce cas, du processus de décision, lequel est un phénomène *interne*.

89. Enfin et surtout, l'argumentation de Roth est inacceptable en soi. On ne voit pas en quoi les influences réciproques que les membres individuels ont les uns sur les autres, leur état psychologique particulier ou leurs motivations propres modifient d'une quelconque manière la nature *juridique* de la décision sociale. Il est vrai que les idées de chaque actionnaire d'une société anonyme peuvent changer au cours d'une assemblée générale. Tout homme intelligent écoute les arguments d'autrui et se laisse peut-être convaincre. Cependant, ce phénomène est propre à n'importe quelle prise de décision, aussi bien individuelle que collective. Dans un groupe, *au moment du vote, chaque associé exprime sa volonté personnelle* et c'est la somme des volontés individuelles qui détermine la décision sociale. Cela seul est intéressant ici. L'explication psychologique de la décision individuelle, sa formation, le fait qu'elle puisse être contraire aux intérêts de l'auteur et inspirée par l'idéal commun ou les influences réciproques des sociétaires ne concernent pas la nature juridique de la décision collective.

Il existe certes des explications juridiques, et non plus psychologiques, selon lesquelles les personnes morales forment une volonté propre. Nous avons noté toutefois qu'elles sont étrangères au droit pénal (n° 78).

90. En résumé, nous admettons, avec les auteurs précités, qu'une collectivité incapable d'émettre une volonté propre ne saurait posséder d'honneur pénal, mais il est impossible, sans tomber dans l'arbitraire, et sans se référer au droit civil, de dire quels sont les groupements moralement responsables. Wagner, par exemple, relève que toute collectivité a une volonté propre et indépendante, ce qui enlève toute utilité à ce critère. Cette volonté, poursuit-il, résulte soit de la structure corporative, soit de l'organisation hiérarchique de l'ensemble, soit du charisme d'un seul de ses membres. Wagner ajoute que la volonté sociale peut être limitée dans le temps ou quant à son objet (lorsque, par exemple, un groupe de médecins s'entendent sur un objectif très précis) : il faudrait donc reconnaître une capacité partielle des collectivités d'être atteintes dans leur honneur.<sup>3</sup>

Ce qui précède démontre que la capacité de former une volonté propre et indépendante est un fondement de l'honneur collectif qui présente des difficultés insurmontables.

<sup>1</sup> Roth p. 82.

<sup>2</sup> An. 562 et 602 CO.

<sup>3</sup> Wagner p. 676.

### III. Les critères fondés sur un jugement de valeur

Plusieurs auteurs n'accordent en quelque sorte un honneur pénal qu'aux groupements qui le méritent. Ils portent un véritable jugement de valeur sur la collectivité, jugement fondant l'honneur de cette dernière. Les éléments d'appréciation sont de quatre ordres essentiellement : légal, historique, philosophique et social.

#### a) La valeur légale

91. Liepmann écrivait que l'honneur d'une collectivité se fonde sur la licéité de son but.<sup>1</sup> Aussi a-t-on proposé de ne reconnaître un honneur pénal qu'aux groupes dont les buts sont licites.<sup>2</sup> Ce critère est stérile. Il exclut tout au plus que les collectivités dont les buts sont illégaux jouissent de l'honneur, ce qui semble évident : comme le note Roth, on ne saurait attendre de l'ordre juridique qu'il protégéât des associations aux buts illicites.<sup>3</sup> Toutefois, on ne fonde pas ainsi l'honneur des collectivités, et on ne dit pas quelles collectivités ont un honneur, ni pourquoi. S'agirait-il de tous les groupements dont les buts sont licites ? Cette notion est alors trop vague et n'est d'aucune utilité à elle seule.

#### b) La valeur historique

92. Selon Welzel, alors que l'éthique fonde l'honneur individuel, c'est l'histoire qui est la base de l'honneur collectif.<sup>4</sup> Welzel tente en effet de démontrer, à partir d'une analyse de la philosophie et de l'histoire, que la notion moderne de l'honneur est chrétienne. Toutefois, Welzel soutient que la conception qu'il appelle chrétienne, fondée sur l'éthique, n'est pas la seule possible.<sup>5</sup> Il propose alors de n'accorder un honneur pénal qu'aux seules collectivités possédant une dimension historique. Ainsi, on atteint l'honneur du peuple allemand en contestant ses « prestations » historiques ou celles de ses représentants.<sup>6</sup> Et Welzel note encore (en 1938 !) qu'il existe, outre l'honneur du peuple, celui du mouvement qui supporte l'Etat et celui de l'armée.<sup>7</sup> Enfin d'autres collectivités, ayant une fonction d'importance historique, peuvent être titulaires d'un honneur pénal<sup>8</sup> : les sociétés commerciales – même les sociétés anonymes – ont un honneur, non pas à cause de leur forme juridique, mais parce que leurs tâches, nécessaires à la survie de la nation, ont une dimension historique.<sup>9</sup> Dahms, qui a soutenu les mêmes thèses que Welzel concernant l'honneur des groupements, estime en revanche que les sociétés anonymes n'ont pas d'honneur, faute de liens suffisamment étroits entre leurs membres.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Cité par Krug p. 43.

<sup>2</sup> Cf. Kaufmann p. 423 ; Bruns p. 691.

<sup>3</sup> Roth p. 98.

<sup>4</sup> Welzel, ZStW 57 p. 40.

<sup>5</sup> Welzel, ZStW 57 p. 32 ss.

<sup>6</sup> Welzel, ZStW 57 p. 41.

<sup>7</sup> Welzel, ZStW 57 p. 42.

<sup>8</sup> Welzel, ZStW 57 p. 43.

<sup>9</sup> Welzel, ZStW 57 p. 48.

<sup>10</sup> Cité par Hirsch p. 102.

c) La valeur philosophique

93. Kaufmann, dans une étude originale, dégage un critère que nous qualifions de philosophique. Se fondant sur la conception normative de l'honneur, cet auteur constate qu'une collectivité ne peut pas avoir, comme la personne physique, de valeur personnelle déduite de la dignité humaine. Il recourt alors à une fiction et recherche s'il existe des collectivités qui possèdent une structure identique à celle de la personne privée. <sup>1</sup> Seuls ces groupements-là jouiront d'un honneur.

Cette structure identique est déniée aux collectivités poursuivant un but particulier (social, politique, professionnel, économique, religieux, sportif ou autre). Ainsi, les sociétés commerciales n'ont pas d'honneur. Il y a en revanche structure identique – et donc honneur – quand la collectivité fonde son existence non pas sur ses *buts*, mais sur sa personnalité, son essence personnelle (Personsein). <sup>2</sup> Dès lors, seuls les groupements dans lesquels les membres ne poursuivent pas tel ou tel intérêt particulier, mais au sein desquels ils assument l'accomplissement de leur existence, ont un honneur pénal. <sup>3</sup> Il faut que la collectivité soit munie d'un *caractère existentiel* <sup>4</sup>, en d'autres termes, qu'il s'agisse d'une collectivité de vie et de destin <sup>5</sup>, telles que la famille (au sens étroit), la commune d'origine dans certains cas, le peuple, la nation et certaines communautés religieuses cloîtrées.

d) La valeur sociale

94. La valeur sociale d'une collectivité est un des critères les plus importants proposés afin de fonder l'honneur des groupements. On fait de Maurach le père de cette théorie <sup>6</sup>, laquelle est aussi soutenue par Hafter, Stratenwerth, Flatten, Schaefer et Bruns. <sup>7</sup> La valeur sociale est en outre – avec la capacité de la collectivité de former sa volonté propre – une condition de l'honneur des groupes posée par le Tribunal fédéral allemand. <sup>8</sup>

D'après ces sources, seules les collectivités possédant une fonction sociale jouissent d'un honneur car, dit Maurach, cette fonction sociale procure à la collectivité un caractère individuel semblable à celui des personnes physiques. Aussi, la famille, qui est la plus naturelle et la plus solidaire des collectivités, et dont la fonction sociale est admise « *bedingungslos* », possède un honneur. <sup>9</sup> Maurach cite d'autres exemples : les partis politiques, les chambres du commerce et de l'industrie, les corps de métier, les caisses maladie, la Croix-Rouge et la plupart des corporations de droit public. <sup>10</sup> Il a en outre été jugé que les agences de presse, une faculté universitaire, une société d'étudiants, un tribunal, une paroisse, une unité militaire, un orchestre, une troupe de théâtre, un ordre religieux, un gouvernement, une entreprise et une banque sont titulaires de l'honneur pénal. <sup>11</sup> En revanche,

<sup>1</sup> Kaufmann p. 438.

<sup>2</sup> Kaufmann p. 439.

<sup>3</sup> Kaufmann p. 441.

<sup>4</sup> Kaufmann p. 441.

<sup>5</sup> Kaufmann p. 441.

<sup>6</sup> Bruns p. 691.

<sup>7</sup> Hafter p. 186 ; Stratenwerth p. 113 ; Flatten p. 17 ; Schaefer *vorbem* II 2 *vor* para. 185 ; Bruns p. 692.

<sup>8</sup> BGH 6, 191.

<sup>9</sup> Maurach p. 134.

<sup>10</sup> Maurach p. 134.

<sup>11</sup> Kaufmann p. 421 ; Lenckner *vorbem* para. 185 N 4.

Maurach dénie l'honneur à des associations non durables, telles qu'une tablee de restaurant et surtout à des collectivités ne remplissant pas de fonction sociale, comme un club de fumeurs.<sup>1</sup>

e) Critique de ce type de critères

Les critères historique, philosophique et social constituent tous des jugements de valeur. C'est une raison suffisante pour les rejeter.

95. Il semble assez évident que l'idée de valeur philosophique et celle de valeur historique ne sauraient être agréées. Le critère philosophique de Kaufmann – qui avoue lui-même qu'il est peu sûr – a fait l'objet d'une violente critique de la part de Hirsch, lequel s'étonne de la renaissance juridique du «concept utilisé abusivement de communauté»<sup>2</sup> et assimile la référence au peuple à un «rêve macabre aux conséquences pratiques funestes».<sup>3</sup> Hirsch note à juste titre que toute collectivité a un but particulier<sup>4</sup>, donc que la distinction fondamentale de Kaufmann entre les collectivités à but particulier et les collectivités de vie et de destin n'existent pas. Roth pose une question pertinente : qu'est-ce que le caractère existentiel ? En effet, une association sportive peut représenter pour Untel une communauté de vie et de destin, alors que la famille peut n'être que le moyen de poursuivre quelque but spécial, économique par exemple.

Quant à la théorie de la valeur historique, elle doit être abandonnée comme étant le produit de circonstances politiques tout à fait spéciales. Welzel lui-même s'en est détourné.<sup>5</sup>

96. Apparemment, la référence à la valeur sociale est plus digne d'intérêt. On a vu que le Tribunal fédéral allemand et qu'une partie de la doctrine la défendent. Néanmoins, cette théorie repose elle aussi sur un jugement de valeur et il est surprenant qu'on fasse dépendre la titularité d'un bien juridique de la valeur (qu'on se propose, ambitieusement, de mesurer) d'un sujet de droit. La seule appréciation admissible est de savoir si ce sujet se conforme à l'ordre juridique ; tout autre jugement de valeur est une porte ouverte à l'arbitraire.

On objectera qu'il est raisonnable de juger la valeur sociale d'un groupe de personnes et que cette conception ne saurait conduire aux absurdités résultant, par exemple, de la théorie de la valeur historique. Ce n'est pas certain. Selon le Tribunal fédéral allemand, il faut que la collectivité remplisse un devoir social (même économique) reconnu juridiquement.<sup>6</sup> Par conséquent, pour déterminer si tel groupement possède un honneur, on devra apprécier si son activité correspond à un besoin social et si elle satisfait effectivement celui-ci. C'est ainsi que le Tribunal fédéral allemand a admis que le lésé, une société anonyme, remplit, en tant qu'éditrice d'un grand quotidien, un devoir reconnu d'utilité publique.<sup>7</sup> Schaefer et Bruns<sup>8</sup> se rallient à cette jurisprudence : il faut examiner de cas en cas si telle

<sup>1</sup> Maurach p. 135.

<sup>2</sup> Hirsch p. 108.

<sup>3</sup> Hirsch p. 109.

<sup>4</sup> Hirsch p. 110.

<sup>5</sup> Welzel p. 305.

<sup>6</sup> BGH 6, 191.

<sup>7</sup> BGH 6, 191.

<sup>8</sup> Schaefer *vorbem* II 2 vor para. 185 ; Bruns p. 692.

société accomplit une fonction sociale. Il n'est pas indifférent de savoir, écrit Bruns, si une collectivité est une agence de presse, une société éditrice d'un quotidien, un distributeur de films, un exploitant d'un moyen de transport public, un commerçant en conserves ou un producteur d'ampoules électriques.<sup>1</sup> Cette théorie requiert donc qu'on juge la valeur d'un groupe donné. Dans la même optique, le Tribunal d'empire allemand n'accordait un honneur pénal qu'aux collectivités auxquelles incombaient des tâches publiques, à l'exclusion de celles qui remplissaient des fonctions privées.<sup>2</sup>

97. Le critère de la fonction sociale apparaît donc comme très peu sûr. Flatten a tenté de le renforcer : il note que la protection pénale de l'honneur d'une collectivité ne doit pas dépendre du fait qu'elle remplit vraiment les devoirs propres qui lui sont attribués. Selon cet auteur, est beaucoup plus déterminant, pour la capacité d'être victime d'une atteinte à l'honneur d'une collectivité, le fait que celle-ci soit liée par des devoirs. C'est la dévolution d'un devoir particulier, et non pas son accomplissement, qui donne une valeur propre à la collectivité.<sup>3</sup> Dès lors, Flatten, dont l'étude est limitée à la question de l'honneur pénal des sociétés commerciales, s'attache à montrer que celles-ci remplissent une fonction sociale, ce qui n'est pas contestable. Cet auteur n'admet aucune exception : toutes les sociétés commerciales doivent être protégées contre les atteintes à l'honneur social.<sup>4</sup> Il affirme, fidèle à la tradition libérale, que même les sociétés dont l'activité est déterminée par un but égoïste (tel que la recherche du profit) ont une utilité sociale. Flatten semble être conscient du risque d'arbitraire inhérent au critère de la fonction sociale. Aussi a-t-il cherché à pallier cet inconvénient. Cependant, du coup, le fondement de sa théorie devient sans intérêt : si toutes les collectivités ont une fonction sociale, on ne peut plus discerner celles qui possèdent un honneur pénal.

98. Dans notre première partie, en définissant la notion de l'honneur, nous avons potté, *volens volens*, un jugement de valeur. Par conséquent, on s'étonnera peut-être que nous refusions tout jugement de valeur (autre que l'appréciation de la licéité) s'agissant de déterminer le titulaire de l'honneur pénal. Notre position s'explique par le fait que ces deux problèmes se posent différemment et que la démarche qui est acceptable là ne l'est plus ici. Circonscrire la notion de l'honneur, c'est déterminer un bien juridiquement protégé et donc, par la nature des choses, porter un jugement de valeur. Mais on apprécie, dans ce cas, abstraitement et de façon générale un comportement humain. Aussi le danger d'arbitraire, propre à tout jugement de valeur, est-il limité : l'honneur pénal étant défini, chacun pourra s'en prévaloir. L'égalité de traitement des justiciables n'est nullement menacée.

En revanche, si on désigne les titulaires de l'honneur en jugeant de leur valeur, on n'apprécie plus des qualités humaines en général, afin de leur accorder la protection du droit, mais on se demande, à propos de chaque cas particulier, si tel ou tel sujet de droit mérite – étant donné son utilité sociale – qu'on protège son honneur. Dans ce cas, le caractère arbitraire du jugement de valeur risque de causer des discriminations concrètes, réelles, donc inacceptables. Comment Maurach peut-il prétendre, par exemple, qu'un club de fumeurs ne remplit aucune fonction sociale ? Bien que la fumée soit néfaste en soi, un tel groupe peut avoir une certaine utilité. On peut ainsi discuter à l'infini de la valeur sociale de toutes les collectivités.

<sup>1</sup> Bruns p. 693.

<sup>2</sup> RG 70, 141.

<sup>3</sup> Flatten p. 17.

<sup>4</sup> Flatten p. 24.

Un jugement de valeur, bien que nécessaire afin de définir l'honneur, est très dangereux quand il s'agit de déterminer les titulaires de ce bien. La fonction sociale est tout au plus un critère de « Schutzwürdigkeit » mais non pas d'« Ehrfähigkeit », écrit Kaufmann.<sup>1</sup> La distinction entre ces deux questions et les démarches différentes qu'elles imposent sont, à notre avis, fondamentales, ce que Stratenwerth et Hafter ne semblent pas admettre, puisqu'ils relèvent tous les deux que le critère de la fonction sociale, à propos de l'honneur des collectivités, est déduit de la conception sociale de l'honneur.<sup>2</sup>

## *Section 2 Les collectivités ne possèdent pas d'honneur pénal*

### *1. Les collectivités ne possèdent pas de considération*

La considération, rappelons-le, est la représentation par les tiers de la valeur interne d'une personne ; c'est l'opinion qu'on a de celui qui remplit ses devoirs moraux. La considération, au sens juridique, naît donc de deux facteurs : du fait qu'un être humain accomplit des devoirs moraux, et, d'autre part, de l'opinion d'autrui concernant ce fait.

Or, s'agissant des collectivités, ces deux éléments font défaut.

#### a) L'opinion d'autrui fait défaut

99. Roth écrit que les actes des collectivités sont appréciés comme ceux des personnes physiques ; c'est pourquoi, ajoute-t-il, une collectivité peut jouir de considération.<sup>3</sup>

Cette assimilation est trop hâtive. N'importe quelle opinion d'autrui, en effet, ne fonde pas la considération. Nous avons déjà souligné que la valeur d'un homme ne s'apprécie pas comme celle d'une simple marchandise, car il possède un honneur interne. La considération juridique, l'honneur externe, est une image de cette valeur interne. Il n'existe pas d'honneur externe sans honneur interne (n° 12). Or, les collectivités sont précisément dépourvues d'honneur interne.<sup>4</sup> L'appréciation dont elles sont l'objet est d'une nature différente de celle qui est portée sur les êtres humains. Cette distinction évidente est consacrée dans le langage courant : on ne parle ni d'estime, ni de respect à propos d'une collectivité. S'il est vrai que les actes des groupements sont en général jugés, ils ne le sont pas comme ceux des personnes physiques, faute d'honneur interne. Les collectivités n'ont donc pas de considération.

#### b) Les devoirs moraux font défaut

Non seulement l'opinion qualifiée des tiers au sujet des collectivités n'existe pas, mais surtout celles-ci ne remplissent aucun devoir moral.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Kaufmann p. 424.

<sup>2</sup> Stratenwerth p. 113 ; Hafter p. 186.

<sup>3</sup> Roth p. 73.

<sup>4</sup> Dochow p. 339 ; Gross p. 21.

<sup>5</sup> Cf. l'opinion contraire de Schenitzka p. 51 ; Gross p. 21 ; Roth p. 64 ; Hirsch p. 96.

100. Hirsch prétend certes que les sociétés commerciales sont au moins liées par la morale des affaires, concernant, par exemple, la façon de traiter le personnel.<sup>1</sup> A notre avis, cette morale n'oblige pas les collectivités mais uniquement les individus, lesquels agissent soit pour leur propre compte, soit pour celui d'un groupement. Hirsch, en outre, croit voir un argument en faveur de sa thèse dans le fait que le droit lui-même interdit aux collectivités d'exercer une activité contraire aux mœurs.<sup>2</sup> Mais il s'agit là d'une règle juridique, et non pas morale !

101. Quant à Roth, il tente de démontrer que des devoirs moraux incombent aux collectivités, à partir de la théorie de l'abstraction, selon laquelle ce sont les membres dans leur ensemble, dans leur « *Verbundenheit* », qui sont sujets de droit.<sup>3</sup> Aussi, écrit-il, la question de la capacité d'une collectivité d'agir selon la morale est résolue : la responsabilité appartiendra à ceux qui sont en réalité les titulaires de la volonté sociale, à savoir les membres individuels, capables d'agir moralement. Ainsi, on ne peut parler de comportement moral de la collectivité que si chaque membre individuel est responsable, d'une façon ou d'une autre, de la décision sociale.<sup>4</sup> Or, il est bien rare qu'une décision sociale soit prise à l'unanimité. Peu importe, répond Roth : en entrant dans une collectivité, l'individu en accepte les règles légales et statutaires ; il se soumet au principe majoritaire et consent donc, à l'avance, à assumer la paternité de toutes les décisions, même de celles qu'il ne souhaite pas. Il est rendu responsable des décisions auxquelles il était pourtant opposé, et n'est délié de cette responsabilité que dans la mesure où la loi ou les statuts sont violés.<sup>5</sup>

La thèse de Roth se heurte à deux objections.

102. D'abord, sa référence à la *théorie de l'abstraction* est inadmissible. Il existe des collectivités, comme les sociétés anonymes, qui répondent seules – à l'exclusion de leurs membres – de leurs actes en vertu de la loi. Ce fait juridique est totalement ignoré de Roth qui, analysant la responsabilité morale des groupements à partir de leur essence, s'appuie non pas sur le droit positif, mais sur une théorie dont l'intérêt est d'ordre historique (n° 79 in fine).

103. Ensuite, l'explication de Roth est basée sur l'hypothèse, au moins implicite, que *tout individu adhère librement* à une association. En effet, celui qui ne choisit pas librement d'entrer dans un groupement ne saurait être réputé en accepter les règles, au sens où l'entend cet auteur. Or ce libre choix n'existe pas toujours. Aubert note que le droit des travailleurs « de ne pas appartenir à un certain syndicat peut être rendu illusoire par les clauses d'exclusivité des conventions collectives de travail ». <sup>6</sup> Aubert cite d'autres exemples d'associations obligatoires : les sociétés de tir, certains syndicats de transporteurs routiers, d'agents de bourse, de ramoneurs ou de médecins.<sup>7</sup> Nous-même avons été membre de l'Association neuchâteloise des étudiants en droit, sans que nous n'y puissions rien, par le simple fait que nous fûmes inscrit comme étudiant en droit à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel. Ces exemples suffisent à détruire la

<sup>1</sup> Hirsch p. 96.

<sup>2</sup> Hirsch p. 96.

<sup>3</sup> Roth p. 55.

<sup>4</sup> Roth p. 61.

<sup>5</sup> Roth p. 62.

<sup>6</sup> Aubert n° 2136.

<sup>7</sup> Aubert n° 2150.

démonstration de Roth : comment un tireur ou un médecin, contraint d'adhérer à une association, peut-il assumer un acte social qu'il désapprouve, en être rendu responsable ?

Les collectivités ne sont donc pas tenues par des obligations morales. En effet, la règle morale, condition de la considération, implique notamment les trois notions suivantes : la *conscience*, la *gratuité* et la *culpabilité*.

104. Premièrement, il n'y a pas de devoir moral sans *conscience*<sup>1</sup> individuelle, laquelle est une « connaissance intuitive que chacun a de ce qui est bien et mal, et qui le pousse à porter des jugements de valeur sur ses actes » (Robert). L'intuition, le sens du bien et du mal, la croyance à certaines valeurs caractérisent l'être humain et sont inconnus des collectivités. Seul l'homme peut éprouver un conflit intérieur, un tiraillement entre le bien et le mal. Il serait notamment erroné de considérer les débats internes d'un groupement comme une manifestation de sa conscience : on ne saurait résumer un conflit moral à un simple antagonisme d'intérêts. « La vie, écrit le TF, la volonté, la conscience d'une personne morale sont d'un tout autre ordre que celles d'une personne physique ; il est impossible de les ramener à un processus physiologique et psychologique se déroulant dans l'être collectif lui-même... »<sup>2</sup> Memmi note, dans le même sens, à un tout autre propos : « Par convention tacite, qui masque l'embarras de la pensée, nous parlons des entités collectives comme s'il s'agissait d'êtres singuliers, ayant une vie comparable à celle des êtres humains ou des animaux. Or cette assimilation est métaphorique sinon abusive. Que signifie exactement une conscience collective, une mémoire ou même un projet collectif ? Quand on dit « le corps social », il ne s'agit évidemment plus de cet ensemble de processus physiologiques, régis par un système nerveux, et se traduisant en manifestations physiques. Même lorsque nous parlons de conduites, de comportements collectifs, descriptibles à l'extérieur, s'agit-il bien de phénomènes de même nature que les conduites et les comportements individuels ? Il faudra bien, un jour, mettre au point un vocabulaire adéquat à la « vie » des groupes. »<sup>3</sup>

105. Ensuite, l'acte moral est *gratuit*. La règle morale, tout comme le droit, joue le rôle d'un garde-fou : c'est une norme que l'être humain est appelé à observer, et destinée à empêcher que celui-ci ne se détermine selon son seul intérêt propre, quand ce comportement met trop gravement en danger les intérêts de tiers. On distingue généralement le droit de la morale par le fait que la violation de celui-là entraîne une sanction sociale, alors que la transgression de celle-ci n'implique aucune contrainte publique.<sup>4</sup> Celui qui se conforme à la loi morale n'est donc pas motivé, comme peut l'être le justiciable respectueux du droit, par la crainte de la punition. Les règles morales s'observent gratuitement.

Il serait notamment erroné de penser que celui qui agit selon la morale augmente sa considération. Il accroît sa *valeur interne* : or, celle-ci peut ne pas correspondre à l'honneur externe (n° 8). Concrètement, cela signifie, personne ne l'ignore, qu'il existe d'honnêtes gens qui passent pour des filous, et vice versa. L'acte moral est donc gratuit en ce sens que sa seule récompense (l'honneur interne) n'apparaîtra pas forcément aux yeux d'autrui. « Elle (la morale) ne se fonde pas sur l'estime publique, qu'on peut surprendre, mais sur notre propre estime, qui ne nous trompe jamais » écrit Rivarol.

<sup>1</sup> Binding p. 140.

<sup>2</sup> 41 | 214.

<sup>3</sup> Memmi p. 33.

<sup>4</sup> Roguin p. 101 ss.

Or, à l'instar de la conscience, la valeur interne et la gratuité sont des notions tout à fait étrangères à la vie des groupements, dont les actes, par la force des choses, sont déterminés par leurs seuls intérêts. C'est ce qu'on appelle, s'agissant par exemple des collectivités qui revêtent la forme étatique, la raison d'Etat. Les seules limites apportées à cette loi universelle sont les règles juridiques et les injonctions morales destinées, celles-ci, aux *êtres humains* qui composent les groupes. Ces derniers cependant ne sont jamais, en tant que tels, titulaires de devoirs moraux.

106. Enfin, morale et *culpabilité* sont deux concepts indissolubles. Celui qui ne peut pas être coupable, parce qu'il est inconscient ou irresponsable, est incapable de violer l'ordre moral. Cette règle figure explicitement à l'article 10 CPS. Aussi, nous avons conclu qu'un malade mental ou un nouveau-né n'est lié par aucune obligation morale et, partant, ne jouit d'aucune considération : atteint d'une « grave altération de la conscience », il ne possède pas « la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation » (art. 10 CPS).

Il en va de même pour les collectivités : si on admet qu'elles ne peuvent agir fautivement, il faut conclure qu'elles ne sont pas tenues par des obligations morales. Or, selon la jurisprudence et la doctrine, les personnes morales ne peuvent pas commettre de faute ; par conséquent, la capacité délictuelle pénale ne leur est en principe pas reconnue.<sup>1</sup> Schultz note que, sauf quelques exceptions, la règle *societas delinquere non potest* prévaut en droit pénal, pour la raison notamment que seul l'individu peut agir fautivement. Tel est aussi l'avis du TF<sup>2</sup> qui relève : « Seul l'individu peut être coupable, non une personne morale, car en raison même de sa nature, celle-ci ne possède pas les propriétés psychiques qui sont les conditions de la responsabilité et, partant, de la culpabilité (faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte et de se déterminer d'après cette appréciation). »<sup>3</sup>

En bonne logique, la considération pénale des collectivités, qui dépend de leur aptitude à violer la morale, ne peut pas être reconnue tant que la capacité délictueuse pénale des groupements est niée. Dans les deux cas, les notions de faute, de culpabilité et de responsabilité sont tout à fait identiques. Il est dès lors incompréhensible que le TF juge que les personnes morales ne peuvent pas être coupables et que, d'autre part, il leur reconnaisse une considération pénale (n° 110 ss).

Notons d'ailleurs qu'il ne suffirait pas que la capacité délictuelle pénale des personnes morales soit reconnue pour qu'elles jouissent de considération. Nous avons vu que d'autres conditions sont en outre nécessaires.

107. En résumé, les collectivités ne possèdent pas de considération. Elles ne sont en effet pas l'objet d'une appréciation qualifiée. Elles ne sont tenues enfin par aucune obligation morale : elles n'ont pas de conscience, elles agissent uniquement en fonction de leurs intérêts, elles ne peuvent pas commettre de faute. Quant à la thèse de Roth, fondée sur la théorie de l'abstraction, elle ne peut pas être retenue.

## II. Les collectivités ne possèdent pas d'honneur au sens normatif

108. L'honneur, au sens normatif, n'appartient qu'à l'être humain puisqu'il se fonde sur la dignité humaine (n° 25).

<sup>1</sup> Schultz p. 108.

<sup>2</sup> 100 IV 40 ; 101 Ia 110.

<sup>3</sup> JT 1959 IV 157 = 85 IV 100.

Par définition, la dignité humaine est liée à la vie humaine. Certains auteurs ont toutefois tenté d'étendre la notion de dignité humaine aux collectivités. Ainsi Roth, tout en reconnaissant que seul l'homme possède cette dignité, explique qu'en vertu de la théorie de l'abstraction, l'honneur collectif est issu de l'ensemble des honneurs individuels, de sorte que la dignité humaine fonde – au moins indirectement – l'honneur du groupe.<sup>1</sup> Roth reprend une argumentation que nous avons déjà exposée et réfutée (n° 101 ss).

109. La démarche de Hirsch est plus originale. Cet auteur admet, comme Roth, qu'une collectivité ne saurait posséder de dignité humaine.<sup>2</sup> Toutefois, ajoute-t-il, les groupements possèdent « ethisch so etwas wie eine Würde »<sup>3</sup>, de sorte que chez eux, l'honneur au sens normatif est un phénomène *sui generis*, *parallèle* à l'honneur humain.<sup>4</sup>

Cette construction est évidemment trop artificielle pour être retenue. Une dignité qui n'est pas celle de l'homme n'a plus rien d'humain. Or, l'honneur au sens normatif a été défini exclusivement comme une facette de cette dignité. Par conséquent, les collectivités ne peuvent pas être victimes d'injure, selon l'article 177 CPS.

### Section 3 La jurisprudence

#### I. La calomnie et la diffamation

110. Le TF estime que les personnes morales jouissent de considération et qu'elles sont donc susceptibles d'être victimes de calomnie et de diffamation.

Dans un premier arrêt sur cette question, le TF a refusé de se prononcer<sup>5</sup>, notant simplement que l'honneur des autorités n'est pas protégé. L'arrêt faitier, accordant une considération pénale aux personnes morales, a été publié au RO 71 IV 36. Dès lors, cette jurisprudence est constante.<sup>6</sup> Le TF a en outre eu l'occasion de préciser qu'une procuration spéciale, au sens de l'article 462 alinéa 2 CO, est nécessaire (par opposition à la procuration générale du premier alinéa de l'article 462 CO), afin qu'un mandataire commercial soit habilité, au nom d'une société, à porter plainte pour atteinte à l'honneur.<sup>7</sup>

La jurisprudence fédérale est suivie par les instances cantonales<sup>8</sup>, même par le Tribunal supérieur zuricois qui, pourtant, avant l'arrêt faitier du TF, niait l'existence d'un honneur collectif.<sup>9</sup>

Le TF avance quatre arguments à l'appui de sa thèse.

111. Un premier argument est tiré de la lettre de la loi.<sup>10</sup> Le texte français des articles 173 et 174 CPS, définissant la victime de l'atteinte à la considération, mentionne « une personne », la version italienne dit « una persona », alors que le

<sup>1</sup> Roth p. 66.

<sup>2</sup> Hirsch p. 99.

<sup>3</sup> Hirsch p. 100.

<sup>4</sup> Hirsch p. 101.

<sup>5</sup> 69 IV 83.

<sup>6</sup> 96 IV 148 ss ; 99 IV 1 ss ; 100 IV 45 ; 105 IV 114 ss.

<sup>7</sup> 99 IV 1 ss.

<sup>8</sup> BJP 1949 n° 327 ; 1945 n° 134.

<sup>9</sup> ZR 43 n° 17 ; 38 n° 10 ; RSJ 1923/24 p. 324.

<sup>10</sup> 71 IV 36.

libellé allemand parle de «jemand». Par conséquent, le TF conclut que ces différents termes désignent aussi les personnes morales.

L'explication n'est, à notre avis, guère convaincante. Nous avons vu que toute référence à la personnalité morale, notion de droit civil, doit être bannie (n° 78 ss).

Du reste, on ne peut rien tirer du mot « personne », car le texte allemand ne s'y réfère pas. Le TF lui-même l'a constaté dans le premier arrêt relatif au problème de l'honneur collectif. Il notait alors que le libellé allemand d'une part et les versions latines d'autre part divergent. Il concluait : « Ces divergences démontrent que le législateur n'a pas pu vouloir trancher la question litigieuse dans un sens ou dans l'autre simplement par le choix de certains termes. »<sup>1</sup> Il est vrai que, dans ce cas, le TF devait se prononcer sur l'existence de l'honneur des autorités, mais son argumentation en l'espèce s'applique aussi de façon plus générale à la question de l'honneur collectif. Il est dès lors étonnant que, dans ses décisions ultérieures, le TF non seulement ait abandonné ses premières et justes considérations quant à la lettre de la loi, mais encore qu'il ait passé purement et simplement sous silence la divergence des textes.

Enfin, la position du TF va à l'encontre de l'intention claire et nette du législateur. Stooss, dans l'« Exposé des Motifs » de 1894, ne mentionnait – ni n'excluait il est vrai – la considération des collectivités. Zürcher la rejetait « car la personnalité humaine est seule à posséder les qualités morales... »<sup>2</sup> Le Conseil fédéral notait, dans son Message, que l'« honneur est un bien juridique essentiellement personnel ; il ne peut donc appartenir qu'à une personne physique, mais non à une autorité, ni à une association ». <sup>3</sup> Et Baumann, rapporteur de la Commission du Conseil des Etats, a approuvé ce point de vue sans être contredit. <sup>4</sup>

112. Ensuite, le TF invoque sa jurisprudence civile<sup>5</sup>, laquelle reconnaît un honneur aux personnes morales. <sup>6</sup> Or, répétons-le, autant l'idée de la personnalité morale que la notion civile de l'honneur sont étrangères au droit pénal. Ainsi, l'honneur civil repose sur une conception sociale<sup>7</sup> alors que l'honneur pénal est déduit d'une conception morale (nos 31 ss). Schultz relève à juste titre que l'honneur des collectivités est difficilement admissible quand on se fonde sur une conception morale. <sup>8</sup> Cet argument du TF est donc difficilement défendable.

113. Troisièmement, le TF s'appuie sur le rejet, par les Chambres fédérales, d'une proposition d'article 177 bis CPS qui avait la teneur suivante : « La diffamation, la calomnie et l'injure sont aussi punissables lorsqu'elles sont dirigées contre une autorité ou un groupement de personnes. »<sup>9</sup> Il est évident que les Chambres fédérales, en refusant d'adopter cet article 177 bis, se sont opposées à reconnaître et l'honneur des autorités et celui des groupements de personnes. Le TF n'est pourtant pas de cet avis : la jurisprudence fédérale, dit-il, a été exposée durant les débats parlementaires sans être critiquée ; nos députés ont donc uniquement rejeté l'honneur des autorités, mais non pas celui des autres collectivités. <sup>10</sup>

<sup>1</sup> JT 1943 IV 80 = 69 IV 84.

<sup>2</sup> Zürcher p. 180.

<sup>3</sup> FF 1918 IV p. 43 ; cf., dans le même sens, Clerc, cours, p. 186.

<sup>4</sup> Baumann, Bull. stén. CE 1931 p. 522.

<sup>5</sup> 71 IV 36.

<sup>6</sup> 31 II 246.

<sup>7</sup> 105 II 163.

<sup>8</sup> Schultz, RSJB 107 p. 469.

<sup>9</sup> FF 1949 I 1287.

<sup>10</sup> 96 IV 149.

Or, cette distinction quant à la volonté du législateur apparaît, à la lecture du Bulletin sténographique, comme mal fondée. Le député Schoch, rapporteur au Conseil des Etats, a certes admis que les collectivités jouissent d'un honneur pénal.<sup>1</sup> Mais le député Perrin, rapporteur au Conseil national, proposa de supprimer l'amendement en cause non seulement parce qu'il aurait consacré sans raison l'honneur des autorités, mais aussi parce qu'« il rompt avec le système du code pénal qui protège uniquement l'honneur individuel ». <sup>2</sup> Il est donc erroné de prétendre que le parlement a implicitement reconnu l'honneur des personnes morales en refusant d'adopter une disposition qui aurait admis cet honneur.

114. Enfin, notre Haute Cour soutient que la protection pénale de la considération des collectivités répond à un besoin.<sup>3</sup> Nous y reviendrons (n° 234).

## II. L'injure

115. Le TF a laissé délibérément ouverte la question de savoir si les collectivités peuvent être victimes d'injure, au sens de l'article 177 CPS.<sup>4</sup>

Rappelons qu'à notre avis, cet article protège l'honneur au sens normatif, donc que les groupements n'en jouissent pas. Le TF estime en revanche que l'article 177 concerne le sentiment de l'honneur. Toutefois, même dans cette optique, il semble évident qu'une collectivité ne peut pas être injuriée.<sup>5</sup> Le sentiment de l'honneur suppose que son titulaire puisse être blessé dans son âme, ressentir un « Seclenschmerz »<sup>6</sup>, être meurtri dans sa sensibilité, ce qui implique autant de traits de caractère dont un groupe est dépourvu.

On a certes prétendu fonder l'honneur collectif sur la conscience que les membres ont d'avoir un honneur commun (n° 82). Même si le TF se ralliait à cette doctrine, il ne pourrait encore admettre que les collectivités éprouvent un sentiment de l'honneur. La conscience d'avoir un honneur commun est le fait *non pas de la collectivité en tant que telle, mais de chaque membre individuel*. C'est un sentiment que chacun ressent, et non pas une impression de la collectivité s'imposant à ses membres. Du reste, cette conscience est toujours une illusion, puisque l'honneur du groupe n'existe pas. Comme le note Kaufmann, la conscience d'avoir un honneur commun ne prouve pas du tout que cet honneur est bien réel. Ce n'est même pas, contrairement à ce qu'ajoute cet auteur, un indice de l'honneur.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Bull. stén. CE 1949 613.

<sup>2</sup> Bull. stén. CN 1950 203.

<sup>3</sup> 96 IV 149.

<sup>4</sup> 96 IV 149.

<sup>5</sup> Roth p. 74 ss.

<sup>6</sup> Schenitza p. 50 ; cf. en outre Moser p. 94.

<sup>7</sup> Kaufmann p. 425.

116. Dans le chapitre précédent nous devons déterminer si un groupe, *en tant que tel*, jouit de l'honneur pénal ; nous avons répondu négativement. Néanmoins, plusieurs personnes, désignées par une même expression peuvent être simultanément l'objet, *en tant qu'individus*, d'un acte contraire à l'honneur : c'est une *atteinte collective* à leur honneur. Cette hypothèse a déjà été évoquée dans les travaux préparatoires.<sup>1</sup>

Le problème est donc d'un autre ordre qu'au chapitre précédent. Il ne s'agit plus de savoir qui possède un honneur, mais quand des particuliers visés globalement sont atteints par une allégation délictueuse. Cette question est fondamentale. Elle ne concerne pas seulement le problème de la qualité pour porter plainte : en effet, si la victime n'est pas déterminée, non seulement l'action judiciaire ne pourra pas être engagée, mais le délit lui-même ne sera pas commis, car l'honneur de personne ne sera mis en danger.<sup>2</sup>

117. Notons qu'il ne faut pas confondre l'atteinte collective avec l'atteinte simultanée, ni avec l'atteinte médiata que nous n'examinerons pas. L'atteinte est simultanée quand le délinquant diffame une seule personne, mais qu'il met en danger, par cette même action, l'honneur de tiers. Si A traite B de fils de putain, B n'est pas seul à être touché ; sa mère l'est aussi.<sup>3</sup> Quant à l'atteinte médiata, elle ne constitue pas un délit, selon le droit positif : il s'agit par exemple du cas où un mari se sent offensé par l'injure faite à son épouse.<sup>4</sup>

### *Section première La notion d'effet-réflexe*

118. Plusieurs auteurs abordent le problème de l'atteinte collective à partir de la notion d'« effet-réflexe » (Reflexwirkung, Schlussfolgerung). Brunschvig a développé cette idée. Il note que toute atteinte collective repose sur un « Reflexwirkung » et que la désignation d'un ensemble a, dans une certaine mesure, la fonction d'un miroir qui réfléchit l'atteinte à l'honneur sur les particuliers.<sup>5</sup> Cet effet-réflexe n'est rien d'autre qu'un syllogisme. Cela ressort de l'exemple suivant, que Brunschvig cite lui-même afin d'illustrer le concept de « Reflexwirkung » : si on prétend que les francs-maçons sont des traîtres, et que X est franc-maçon, cela implique que X est un traître. Brunschvig conclut que la tâche du juriste est de déterminer quels sont les effets-réflexes qui ont une portée juridique.<sup>6</sup> Aussi, il propose de ne prendre en considération que ceux qui sont visés intentionnellement par l'auteur.<sup>7</sup>

Avant Brunschvig, certains tribunaux avaient déjà considéré l'atteinte collective comme un syllogisme.<sup>8</sup> Par la suite, plusieurs auteurs se sont référés à cette notion. Gross, Roth et Maurach parlent de « Schlussfolgerung ».<sup>9</sup> Quant à Krug, il écrit

<sup>1</sup> Zürcher p. 180 ; Message du Conseil fédéral, FF 1918 IV 43.

<sup>2</sup> Stratenwerth p. 114.

<sup>3</sup> Strehle p. 38.

<sup>4</sup> Strehle p. 38 ; ainsi le mari n'est pas atteint par le reproche fait à sa femme d'avoir volé (ZR 49 n° 157) ; cf. néanmoins 92 IV 115.

<sup>5</sup> Brunschvig p. 21.

<sup>6</sup> Brunschvig p. 22.

<sup>7</sup> Brunschvig p. 23.

<sup>8</sup> Cf. RSJB 44 p. 150 ; RSJ 4 p. 297 n° 795.

<sup>9</sup> Gross p. 31 ; Roth p. 35 ; Maurach p. 137.

qu'il est caractéristique de l'atteinte collective que le particulier lésé n'est pas reconnaissable directement, mais par le biais d'une « Schlussfolgerung ».<sup>1</sup>

**119.** A notre sens, l'idée d'effet-réflexe n'est certes pas fautive, mais elle est stérile. L'erreur consiste à croire que cette déduction, ce syllogisme est propre à l'atteinte collective. L'effet-réflexe est au contraire inclus dans n'importe quelle atteinte à l'honneur, même individuelle. Si on accuse Dupont d'être un imbécile, et que X s'appelle Dupont, on conclura que X est un imbécile ; quand je fixe mon vis-à-vis en le traitant d'assassin, quiconque surprend mon regard et entend mon allégation déduit que mon reproche concerne celui que je dévisage. Les tiers, la victime, voire l'auteur lui-même, tiendront le même raisonnement déductif entre l'expression déshonorante et la désignation de son destinataire. Ce raisonnement – peu importe que la victime soit décrite individuellement ou collectivement – est toujours syllogistique : la majeure consiste à formuler une allégation contre l'honneur de quelqu'un (Dupont, les francs-maçons), la mineure à constater que X est désigné (X est Dupont ou franc-maçon) et la conclusion établit la relation entre l'expression délictueuse et X. Le fait qu'il existe moins de Dupont que de francs-maçons rend certes la relation au particulier *plus évidente* quand on accuse Dupont (atteinte individuelle) que lorsqu'on attaque les francs-maçons (atteinte collective). Mais dans les deux cas, le raisonnement est strictement identique. Du reste, la limite entre ces deux types d'atteinte peut être très floue ; ainsi le cas où on diffame Müller à Zurich ou Durand à Paris.

En conclusion, l'effet-réflexe est contenu dans toute atteinte à l'honneur et ne distingue pas les atteintes collectives. Il est donc, en ce domaine, sans intérêt et toute théorie qui s'y réfère risque d'être viciée à la base.

## Section 2 L'intention de l'auteur

**120.** La doctrine dominante en la matière et la jurisprudence allemande<sup>2</sup> posent notamment, comme condition de l'atteinte collective, le fait que l'auteur ait l'intention, ou du moins la conscience, de tenir des propos se rapportant à des membres singuliers du groupe qu'il nomme.<sup>3</sup> Plus exactement, l'intention de l'auteur doit porter sur l'effet-réflexe.<sup>4</sup> Le délinquant, dit Brunschvig, doit être conscient que son imputation met l'honneur d'autrui en danger.<sup>5</sup> Quant à Strehle, il note qu'en matière d'atteinte collective à l'honneur, la grande difficulté est d'établir l'existence de l'élément constitutif subjectif du délit. Le juge doit en effet vérifier que l'intention du délinquant concerne *tous ceux* qui sont désignés collectivement.<sup>6</sup> Si l'intention ne peut pas être prouvée à l'égard de chaque prétendue victime, le doute profitera à l'accusé.<sup>7</sup> Hafter est du même avis.<sup>8</sup> Ainsi, poursuit Strehle, l'auteur peut viser, par sa désignation collective, non pas tout le groupe, mais quelques-uns seulement de ses membres. Il peut ne pas se rendre

<sup>1</sup> Krug p. 17.

<sup>2</sup> Cf. Androulakis p. 13 et 20.

<sup>3</sup> Roth p. 35 ; Knör p. 689 ; Strehle p. 46 ; Brunschvig p. 23 ; Krug p. 18 ; Hafter p. 185 ; Maurach p. 137 ; Lenckner *vor* para. 185 N 11 ; Herdegen *vor* para. 185 n° 17. En revanche, Mezger (p. 100) et Blei (p. 84) ne se réfèrent pas à l'intention de l'auteur.

<sup>4</sup> Gross p. 31 ; Brunschvig p. 23.

<sup>5</sup> Brunschvig p. 23.

<sup>6</sup> Strehle p. 49.

<sup>7</sup> Strehle p. 50.

<sup>8</sup> Hafter p. 185.

compte que des personnes différentes de celles qu'il désirait diffamer sont comprises dans sa désignation. Il y a alors une atteinte collective improprement dite<sup>1</sup> : seuls sont lésés les particuliers dont le délinquant avait conscience de souiller l'honneur. C'est évident et cela ne nécessite aucune autre justification, note Strehle.<sup>2</sup> Dans le même sens, Brunschvig relève que l'auteur n'est pas punissable quand son allégation – fondée sur un cas particulier – est reportée à son insu sur plusieurs personnes.<sup>3</sup>

121. En revanche, les auteurs précités n'exigent pas que le délinquant connaisse personnellement, par leur nom, ceux qu'il désigne<sup>4</sup>, ni qu'il vise des personnes bien déterminées<sup>5</sup>, ni même qu'il se représente chaque membre du groupe nommé en tant qu'être individuel (in ihrer individuellen Beschaffenheit als Einzelwesen).<sup>6</sup> En outre, l'intention de l'auteur n'est pas un dessein de nuire.<sup>7</sup> Enfin, le dol éventuel suffit.<sup>8</sup>

Comment savoir qui l'auteur visait précisément ? Il faut tenir compte du genre d'expression utilisée<sup>9</sup> et des circonstances.<sup>10</sup> Certains vont même plus loin. Ainsi Krug prétend se fonder sur l'opinion (Einstellung) reconnaissable de l'auteur envers la collectivité atteinte.<sup>11</sup> Et Brunschvig tient le mobile pour un critère décisif ! Il faut voir, dit-il, si l'atteinte est portée « aus einer kämpferischen Absicht ». <sup>12</sup>

Si, écrit Strehle, alors qu'un conférencier soutient une théorie, un auditeur se lève et traite de charlatans tous les défenseurs de ladite théorie, il n'y a qu'une victime : l'orateur présent.<sup>13</sup> Cet exemple est juste, mais on aboutit au même résultat à partir d'un critère purement objectif, sans égard à l'intention de l'auteur.

122. En effet, l'exigence d'une condition subjective (l'intention de l'auteur) afin de réaliser l'atteinte collective nous apparaît tout à fait injustifiée. Elle découle, à notre avis, de deux erreurs.

D'abord, on pêche en exigeant que l'intention de l'auteur porte sur l'*effet-réflexe*. Nous avons vu que cette notion est ici dénuée de tout intérêt (n° 119).

On se trompe ensuite, s'agissant de l'*objet de l'intention* en cas d'atteinte à l'honneur.

L'intention, ou du moins le dol éventuel, est un élément constitutif des délits réprimés aux articles 173 à 178 CPS. Nous ne contestons pas qu'elle est une condition de l'atteinte à l'honneur, même quand celle-ci est collective. Nous nous opposons en revanche à ceux qui prétendent définir la victime de l'infraction en fonction de l'intention de l'auteur. Le lésé doit, en effet, comme pour n'importe quelle infraction, se déterminer objectivement. On ne se préoccupe pas de savoir qui le délinquant a voulu assassiner, ni qui il a voulu dépouiller de ses biens. Celui

<sup>1</sup> Strehle p. 55.

<sup>2</sup> Strehle p. 55.

<sup>3</sup> Brunschvig p. 24.

<sup>4</sup> Strehle p. 48.

<sup>5</sup> Strehle p. 48.

<sup>6</sup> Knör p. 689 ; Strehle p. 48 ; Krug p. 21 ; Brunschvig p. 23.

<sup>7</sup> Strehle p. 47.

<sup>8</sup> Brunschvig p. 24 ; Strehle p. 47 ; Krug p. 20.

<sup>9</sup> Krug p. 24.

<sup>10</sup> Brunschvig p. 27.

<sup>11</sup> Krug p. 24 ; idem Knör p. 691.

<sup>12</sup> Brunschvig p. 27.

<sup>13</sup> Strehle p. 56.

qui pour tuer A, fait sauter sa voiture et enlève la vie à trois autres personnes sera condamné pour un quadruple homicide. Il ne se justifie pas de raisonner différemment en cas d'atteinte à l'honneur.

Selon la jurisprudence, l'intention, au sens des articles 173 à 178 CPS, est la conscience et la volonté d'émettre un jugement de valeur insultant, de rapporter des faits diffamatoires<sup>1</sup>, ou de les propager. A l'article 177 CPS, l'intention existe dès que l'auteur « énonce avec conscience et volonté un jugement de valeur injurieux ». <sup>2</sup> Concernant la diffamation et la calomnie, il faut premièrement que l'auteur soit conscient que ses imputations sont de nature à déconsidérer le lésé<sup>3</sup> et, deuxièmement, qu'il désire les rendre publiques. <sup>4</sup> Le dol éventuel suffit. <sup>5</sup>

Toutefois, en aucun cas l'intention n'est déterminante s'agissant de la personne de la victime : savoir, écrit le TF, contre qui est dirigée une allégation contraire à l'honneur se détermine selon un point de vue objectif et non pas en fonction de la volonté de l'auteur. L'intention n'a rien à voir avec le problème de la qualité pour porter plainte. <sup>6</sup>

### Section 3 La détermination objective de la victime

**123.** Il est nécessaire et suffisant que la victime du délit soit une personne déterminée<sup>7</sup>, une *persona certa*, reconnaissable. <sup>8</sup>

En clair, la seule règle absolue qui guidera le juge est celle de la *détermination objective de la victime*. Cette tâche ressortit au juge du fait<sup>9</sup> qui établira, de cas en cas, si le plaignant est effectivement désigné par l'auteur.

Le propos du juriste de cabinet devrait donc s'achever ici. L'expérience montre cependant que l'application pratique d'une règle en cette matière est extrêmement délicate. Nous proposons donc quelques paramètres, qui pourront éclairer le juge. Nous ne prétendons pas que notre liste soit exhaustive, ni que tous les critères retenus ont une égale valeur. Au contraire, l'importance de ceux-ci varie dans chaque espèce. Nous sommes ici dans un domaine qui relève de l'établissement des faits. Le premier précepte du théoricien doit donc être la réserve ; celui du tribunal sera le bon sens.

**124.** Il faut déterminer d'abord si les accusations de l'auteur se rapportent non pas à des individus, mais uniquement à des idées ou à des opinions. Dans ce cas, elles ne sont pas délictueuses. Il en est ainsi lorsqu'est émis un *jugement de valeur moyen*<sup>10</sup> qui admet, comme le relève Stratenwerth, des exceptions reconnaissables. <sup>11</sup>

En ce domaine, plus encore qu'en cas d'atteinte individuelle, le juge pénal définira donc le véritable contenu de la liberté d'expression. Ainsi, les tribunaux français se montrent très restrictifs lorsqu'ils sont appelés à admettre l'atteinte collective. Par exemple, celui qui impute de graves tares à la franc-maçonnerie

<sup>1</sup> 92 IV 97.

<sup>2</sup> JT 1953 IV 145 = 79 IV 22.

<sup>3</sup> 71 IV 232 ; BJP 1950 n° 46.

<sup>4</sup> 73 IV 175.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> 105 IV 118 et les arrêts cités.

<sup>7</sup> Stratenwerth p. 114.

<sup>8</sup> Hafter p. 184 ; Roth p. 35.

<sup>9</sup> 50 I 217.

<sup>10</sup> Herdegen vor para. 185 N 18 ; Strehle p. 72 ; Schenitza p. 39.

<sup>11</sup> Stratenwerth p. 114.

n'excède pas le droit de libre discussion des opinions philosophiques, sociales ou religieuses attribuées à la franc-maçonnerie et, partant, ne diffame les membres d'aucune loge. <sup>1</sup> Dans un autre arrêt, la Cour de cassation française note que « des attaques générales, quelle que soit la forme injuste ou excessive dans laquelle elles sont conçues, dirigées contre une collectivité indéterminée, ou une classe sociale, n'atteignent en réalité personne. Elles entrent dans les droits de critique et de libre discussion qui appartiennent aux citoyens ». <sup>2</sup> De même, en Allemagne, il a été jugé que les avocats patentés <sup>3</sup>, les femmes de l'armée allemande <sup>4</sup>, les nationaux-démocrates (dans une affaire civile) <sup>5</sup> ne sont pas des désignations suffisantes pour réaliser le délit. On a estimé, en revanche – à tort à notre avis – que le sont les grands propriétaires fonciers <sup>6</sup>, les penseurs chrétiens <sup>7</sup>, les fonctionnaires, parasites qui sucent l'Etat et qui emploient les impôts de la province à mauvais escient <sup>8</sup>, les éducateurs des soldats allemands <sup>9</sup>, les officiers de l'armée allemande <sup>10</sup> et les troupes allemandes combattant en Belgique et au nord de la France. <sup>11</sup>

Notons que si la jurisprudence française admet moins facilement l'atteinte collective, elle semble faire exception quand l'honneur des militaires est en cause. On a ainsi estimé la considération des soldats d'Indochine souillée par la légende suivante, qui accompagnait une photographie : « Les horreurs de la guerre d'Indochine continuent, on achève les blessés, on arrose le tout d'essence... » <sup>12</sup>

125. En d'autres termes, des individus sont atteints quand le groupe désigné est *clairement délimité*. <sup>13</sup> Brunschvig note que tel est le cas lorsque l'auteur se réfère à une origine commune, à une race commune ou à certaines caractéristiques corporelles. <sup>14</sup> Ces éléments sont certes importants, mais ils ne sont pas déterminants à eux seuls. Ils devront notamment être considérés en fonction de l'importance numérique du groupe visé (nos 130 ss).

126. Le juge se fondera surtout sur les *concepts du tiers moyen* <sup>15</sup> et du *bonus pater familias*. Il recherchera la signification de l'expression utilisée selon les règles de la bonne foi, sans en rester au sens purement littéral. <sup>16</sup> Par exemple, le fait que l'auteur ajoute les termes « sans exception » à ce qu'il dit, n'implique pas nécessairement que tous les membres du groupe évoqué sont atteints. <sup>17</sup> Celui qui diffame l'Alliance des Indépendants n'atteint pas l'honneur de chacun de ses membres. Pour le tiers moyen, en effet, seul l'honneur des chefs et des représentants de ce parti politique est souillé. <sup>18</sup>

<sup>1</sup> D.P. 94.1.25.

<sup>2</sup> Recueil Dalloz et Sirey 1955 p. 289.

<sup>3</sup> NJW 1953 p. 554.

<sup>4</sup> Androulakis p. 28.

<sup>5</sup> Androulakis p. 30.

<sup>6</sup> RG 33, 46.

<sup>7</sup> Androulakis p. 18.

<sup>8</sup> Androulakis p. 19.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Encyclopédie Dalloz sous « Diffamation » n° 60.

<sup>13</sup> Brunschvig p. 30 ; Strehle p. 53-54 ; Roth p. 36.

<sup>14</sup> Brunschvig p. 31.

<sup>15</sup> Brunschvig p. 25 ; Krug p. 19 ; ZR 74 n° 44.

<sup>16</sup> Strehle p. 51.

<sup>17</sup> Krug p. 24.

<sup>18</sup> ZR 52 n° 17 p. 23.

127. On pourra aussi tenir compte du fait que l'honneur du plaignant a été *effectivement touché*. Certes, le droit positif suisse établit une présomption de résultat, mais, *a fortiori*, s'il apparaît sans aucun doute possible que l'honneur de la victime a été effectivement souillé, le délit est réalisé. Il est vrai que la preuve de la lésion réelle ne pourra que très rarement être faite.

128. Le contenu de l'allégation délictueuse sera parfois un indice précieux. Si, par exemple, on affirme qu'il arrive que la police assassine des citoyens, l'imputation est trop vague pour réaliser le délit. Si, en revanche, on prétend que tel jour, à telle heure et à tel endroit, la police a assassiné deux ouvriers, et qu'à ce moment et à ce lieu deux agents ont effectivement fait feu sur des hommes, on déconsidère les deux gendarmes en cause.<sup>1</sup> En tel cas, on peut relever que la désignation n'est suffisante que si l'allégation n'est pas purement fantaisiste mais qu'elle est corroborée, dans une certaine mesure, par des faits réels. Aussi, il peut sembler paradoxal que l'assertion la plus gratuite ne réalise aucun délit, alors que celle qui se rapporte à une certaine réalité constitue une infraction. Il ne faut pas oublier que la question n'est pas ici de circonscrire la notion de l'honneur, mais de savoir quand quelqu'un est suffisamment désigné. Une (relative) précision dans la relation des faits a pour effet de réduire le nombre de victimes possibles.

129. On admettra en outre moins facilement l'existence d'une atteinte à l'honneur collective lorsque l'auteur use d'un *syllogisme incertain*. Nous définirons cette notion et préciserons dans quelle mesure il faut en tenir compte ci-dessous (nos 137 ss).

130. En fait, le critère le plus important est celui de l'importance numérique du groupe visé.

Si l'on injurie les deux Dupont, la désignation est assez précise pour que ces deux hommes aient qualité pour se plaindre. Si, en revanche, on insulte les Français, il est beaucoup plus douteux que tout Français puisse se prétendre atteint. Cette simple comparaison nous montre que le nombre de l'ensemble désigné doit être pris en considération. Plus le groupe est petit, plus largement il faut admettre l'atteinte, écrit Wagner.<sup>2</sup> Hafter note que la relation reconnaissable à la personne individuelle, condition du délit, ne sera pas facilement établie quand la collectivité compte un grand nombre de personnes.<sup>3</sup> Knör enfin pense que, dans les collectivités très nombreuses, l'intention de l'auteur d'atteindre individuellement chaque membre existe plus rarement.<sup>4</sup>

La majorité des auteurs rejettent pourtant le critère du nombre.<sup>5</sup> La position de certains d'entre eux est d'ailleurs ambiguë : bien qu'ils se refusent à approuver cet élément, ils notent que dans les groupes restreints, l'atteinte collective se produit plus fréquemment.<sup>6</sup>

131. Il est, à notre avis, évident qu'en visant une association de personnes très nombreuse, on ne commet pas d'infraction. Prétendre qu'on peut diffamer « les Français » n'est guère soutenable. On pourrait alors déconsidérer « les Européens », voire « toute l'humanité », ce qui est absurde.

<sup>1</sup> JuS 1978 p. 674.

<sup>2</sup> Wagner p. 678.

<sup>3</sup> Hafter p. 185 ; cf. aussi, dans le même sens, Schenitzka p. 39.

<sup>4</sup> Knör p. 690.

<sup>5</sup> Brunshvig p. 31 ; Roth p. 35 ; Strehle p. 52 ss ; Gross p. 34 ; Krug p. 19 ; Tardu p. 66 ; Androulakis p. 64.

<sup>6</sup> Gross p. 31 ; Krug p. 24 ; Roth p. 115.

On objectera que certains Etats se sont engagés à « déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale » (selon l'article 4 lit a de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale).<sup>1</sup> De même, en France, l'excitation à la haine raciale tombe sous le coup de l'article 32 alinéa 2 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Il faut cependant souligner que cette disposition « sort du droit commun de la diffamation puisque aucune personne déterminée n'est visée et que c'est la race ou la religion qui sont l'objet de l'attaque diffamatoire ». <sup>2</sup> Selon de telles règles, on peut commettre un délit en désignant « les Nègres » ou « les Juifs » parce que ce comportement est considéré en soi comme moralement répréhensible et dangereux pour la paix publique. Il n'est pas nécessaire que la victime soit clairement déterminée. Or, selon les articles 173 à 178 CPS, que nous étudions, elle doit l'être.

Brunschvig et Gross contestent cette argumentation en relevant que si l'honneur pénal d'aucune personne n'est atteint quand on désigne les Français ou les Suisses, ce n'est pas parce qu'il s'agit de collectivités nombreuses, mais parce qu'aucun tiers n'est informé de l'allégation délictueuse. Ainsi, ces deux auteurs notent qu'on ne peut pas diffamer les Suisses si on s'adresse à eux seuls. En revanche, quand l'auteur désigne les Suisses en parlant à des Brésiliens, ou les catholiques s'adressant à des protestants, le délit est consommé. <sup>3</sup>

**132.** Ce point de vue est mal fondé. Il fait fi de la possibilité de commettre une injure sans qu'un tiers n'intervienne. Surtout, il méconnaît le fait qu'en visant les Suisses, on fait de tous les Suisses non seulement les victimes du délit potentiel, mais simultanément les tiers les uns à l'égard des autres. Si on diffame A en présence de B, puis B devant A, A et B sont à la fois victimes et tiers. On peut aussi désigner A et B simultanément, collectivement (les Dupont, les Suisses), et, dans ce cas également, ceux-ci sont et victimes et tiers l'un envers l'autre.

**133.** Par conséquent, si les Français ou les Suisses ou l'humanité sont considérés comme des désignations trop imprécises – ce que Gross et Brunschvig admettent – c'est pour la seule raison qu'elles embrassent un groupe trop nombreux. L'importance numérique de l'ensemble en cause est déterminante. Ainsi, il a été jugé, en République fédérale d'Allemagne, que les termes « toutes les personnes participant à la dénazification » visent un groupe qui n'est pas assez délimité (il comprenait notamment les Gouvernements des « Länder » et les forces d'occupation). <sup>4</sup> De même, celui qui, en France, insulte les écoles libres, les séminaires, les prêtres <sup>5</sup>, les vétérinaires <sup>6</sup> ou encore la « noblesse, le clergé, la magistrature, les médecins, les commerçants, la classe ouvrière, les anciens combattants, la franc-maçonnerie, les israélites, les libres-penseurs, les membres du parti radical, les réactionnaires, les fidèles d'une paroisse, les habitants d'une ville, les supporters d'un club sportif, etc. » <sup>7</sup> use de qualificatifs trop généraux pour commettre une infraction.

En revanche, une imputation déshonorante visant les députés communistes de Schaffhouse a été considérée comme délictueuse <sup>8</sup>; ce jugement est à notre avis

<sup>1</sup> Convention ouverte à la signature le 7 mars 1966, Rec. ONU n° 9464.

<sup>2</sup> Encyclopédie Dalloz, sous « Diffamation » n° 195.

<sup>3</sup> Brunschvig p. 32; Gross p. 33.

<sup>4</sup> NJW 1952, p. 392.

<sup>5</sup> D.P. 1936. I. 27.

<sup>6</sup> Dalloz 1954 679.

<sup>7</sup> Dalloz et Sirey 1955 p. 288.

<sup>8</sup> Gerwig p. 71.

correct, car le groupe désigné était en l'espèce très petit. Enfin, un autre exemple français montre combien le problème est complexe. Un bulletin paroissial contenait la phrase suivante : « Il s'est trouvé des Français, sans doute des Bretons, qui l'ont (réd. : un parachutiste anglais) traîtreusement assassiné... » Le tribunal a estimé qu'une diffamation était réalisée contre ceux que la *rumeur publique locale* accusait de ce forfait.<sup>1</sup> Cette décision, surprenante à première vue, est certainement justifiée : selon les circonstances, ceux que la rumeur publique locale désignait pouvaient être un petit groupe bien circonscrit d'individus.

134. Le critère de l'importance numérique ne doit pourtant pas être utilisé aveuglément. Une diffamation contre une vaste collectivité n'est pas inconcevable. Androulakis relève qu'on peut commettre une atteinte, même par une allégation qui paraît inepte<sup>2</sup> vu le grand nombre de victimes potentielles. Il note en outre que l'idée selon laquelle l'individu disparaît, se dissout dans de grands ensembles – idée qui sous-tend le critère de l'importance numérique – « nicht recht klar ist ». <sup>3</sup> Il existe en effet des groupements qui, bien que très nombreux, possèdent un caractère et une signification tels que leurs membres sont atteints par une désignation collective. Aussi, le Tribunal fédéral allemand a admis que les Juifs est un nom collectif propre à réaliser le délit, bien qu'on comptât environ trente mille Juifs en Allemagne, à l'époque de la décision.<sup>4</sup> Le terme « Juif » a en effet une connotation caractéristique provenant des persécutions commises par les nazis (connotation que « catholique » ou « protestant », par exemple, n'ont pas). En revanche, le Tribunal supérieur zuricois a estimé que les Témoins de Jéhovah (accusés en l'espèce par un journal nazi d'être une organisation communiste) n'est pas une désignation collective suffisante.<sup>5</sup> Bien qu'il y ait moins de Témoins de Jéhovah à Zurich que de Juifs en Allemagne, ces deux jugements sont également justifiés : depuis les massacres de la dernière guerre, le mot « Juif » est doté d'une intensité particulière – rejaillissant sur chaque Juif – dont « Témoins de Jéhovah » est dépourvu.

Cet exemple montre aussi que toute référence à un petit groupe ne suffit pas à constituer une infraction. Si on insulte, par exemple, tous les barbus d'une taille supérieure à 185 centimètres et nés le 1<sup>er</sup> janvier 1950, le cercle des personnes désignées est très restreint. Il n'y a pourtant pas de délit.

Soulignons d'ailleurs que si le critère de l'importance numérique était le seul déterminant, on privilégierait *de facto* les citoyens marginaux au détriment du commun des mortels. Les adeptes de quelque gourou seraient protégés, et non pas les catholiques, ce qui serait injuste.

En résumé, nous pensons, contrairement à l'opinion de la doctrine dominante en la matière, que le critère de l'importance numérique est généralement important, mais qu'il n'est pas absolu : sa valeur, comme celle des autres paramètres, change de cas en cas.

135. Rappelons que le juge devra interpréter objectivement l'expression de l'auteur. Il serait faux d'examiner, par exemple, si les particuliers désignés globalement ont ensemble un *honneur commun*. Peu importe qu'ils forment ce que de Naurois nomme un « groupement-corps »<sup>6</sup>, dans lequel « il y a ainsi tout un

<sup>1</sup> Dalloz 1954 Somm. 70.

<sup>2</sup> Androulakis p. 64.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> BGH 11, 207.

<sup>5</sup> ZR 38 n° 10.

<sup>6</sup> De Naurois p. 7 N 2.

patrimoine collectif fait d'idéal, d'honneur, de traditions, de vouloirs communs, de réflexes communs, aussi multiformes que le sont les collectivités : traditions nationales, réflexes raciaux, idéal religieux, honneur professionnel, etc... Il y a un honneur médical, les traditions du barreau, etc. ». <sup>1</sup> La question n'est pas de savoir ce qui unit (un honneur ou des traditions particulières) les individus visés, mais uniquement de déterminer s'ils sont effectivement désignés. Aussi, l'ensemble en cause peut-il être composé de façon tout à fait hétéroclite. Du reste, comme le note Tardu, la thèse de de Naurois se heurte à des difficultés insurmontables : comment savoir quand un patrimoine collectif est « incorporé » par chaque membre ? <sup>2</sup>

136. De même que les rapports des éventuelles victimes entre elles ne nous intéressent pas, les *relations entre celles-ci et l'auteur*, au sens où l'entend Androulakis, sont sans importance. Androulakis se réfère en fait à un critère subjectif. Une atteinte collective n'est réalisée, dit-il, que si l'assertion de l'auteur implique que celui-ci est objectivement en mesure de porter un jugement sur chaque membre en particulier de l'ensemble. <sup>3</sup> Tel est le cas, par exemple, quand le délinquant a une vue d'ensemble sur les individus qui composent les groupes, quand il les embrasse du regard (*Uberschaubarkeit des Mitgliederkreises*) <sup>4</sup> ou lorsqu'il les désigne par une propriété naturelle qu'on peut établir scientifiquement, comme le sang ou la race. <sup>5</sup>

A notre avis, Androulakis part de prémisses fausses. Il estime qu'une atteinte à l'honneur n'est jamais, pour la victime, due au hasard, tombée du ciel. L'infraction suppose des rapports particuliers entre le délinquant et le lésé, une confrontation personnelle de l'auteur avec la victime. <sup>6</sup> Dès lors, le critère déterminant est dégagé en fonction de l'optique de l'auteur. <sup>7</sup> D'où, par exemple, la notion d'« *Uberschaubarkeit* ».

Or, s'il est vrai que la relation spéciale entre l'auteur et la victime existe souvent, il est aussi évident qu'elle peut faire défaut. On peut injurier quelqu'un qu'on rencontre pour la première fois. Dans ce cas, le rapport particulier est créé par l'acte délictueux et ne précède pas celui-ci. Du reste, on peut soutenir valablement, avec les victimologues, que le couple pénal <sup>8</sup> caractérise toutes les infractions. Il n'y a donc aucune raison d'en tenir compte plus particulièrement en cas d'atteinte à l'honneur, tant que la loi ne l'érige pas en élément constitutif du délit.

#### *Section 4 Le syllogisme incertain*

137. On détermine la victime de l'atteinte à l'honneur, individuelle ou collective, selon un raisonnement syllogistique. Un délinquant avisé tentera donc d'enrayer celui-ci : il énoncera la majeure du syllogisme de façon assez vague pour que sa conclusion ne soit pas sûre. Il usera de ce que nous appelons un syllogisme incertain. Afin d'attenter à l'honneur de Dupont, l'auteur ne prononcera pas son nom, par exemple, mais emploiera une métaphore ou fera une allusion. Le juge du fait devra alors décider si Dupont est effectivement atteint. En matière d'atteinte collective, l'auteur introduira le doute dans le syllogisme en ne désignant qu'une

<sup>1</sup> De Naurois p. 6.

<sup>2</sup> Tardu p. 69.

<sup>3</sup> Androulakis p. 79-80.

<sup>4</sup> Androulakis p. 80.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Androulakis p. 77.

<sup>7</sup> Androulakis p. 76.

<sup>8</sup> Mendelsohn p. 99.

*partie indéterminée* de l'ensemble. Il dira, par exemple, un d'eux, ou quelques-uns, ou la moitié, ou la plupart ou tous sauf un. Comment traiter ce problème ?

138. Binding pense que si l'auteur dit à une foule que quelqu'un parmi elle est un chien, l'atteinte à un individu est évidente et devrait être punie, mais *personne ne peut porter plainte*.<sup>1</sup> Le point de vue de Binding est d'autant plus restrictif que cet auteur estime que toute désignation collective est un syllogisme incertain, sauf si le délinquant affirme expressément qu'il vise la totalité du groupe, sans exception ; mais chaque fois que l'auteur n'ajoute pas les termes « sans exception » à son discours, le plaignant devra prouver qu'il est personnellement désigné.<sup>2</sup>

139. Selon Strehle, on détermine la victime en fonction de l'*intention* de l'auteur (n° 120). Ainsi, quand celui-ci dit « un d'eux » ou « une partie de » et qu'on ne sait pas exactement qui est visé, le juge le demandera à l'auteur. Si ce dernier donne le nom de sa victime, seule celle-ci pourra ester en justice. Si, au contraire, l'auteur refuse de répondre, on accordera la qualité pour se plaindre à tous les membres de l'ensemble désigné.<sup>3</sup>

Ce raisonnement est insatisfaisant : on contraint l'auteur, sous la menace d'être l'objet de mille plaintes pénales, à commettre une nouvelle fois le délit. Pour peu que l'auteur soit roué et que les circonstances s'y prêtent, il désignera, comme unique lésé, une personne qui n'a nul intérêt à engager la poursuite pénale ou nul moyen de le faire. Surtout, il est incompréhensible que Strehle considère, dans un premier temps, que le syllogisme incertain ne désigne suffisamment aucune victime et qu'ensuite, lorsque l'auteur refuse les précisions requises, la même expression réalise le délit au préjudice de chacune des personnes constituant l'ensemble du groupe. Pourquoi l'infraction n'est-elle consommée qu'en second lieu, et pourquoi le délinquant jouit-il de ce privilège ? Strehle répond que l'auteur, en refusant de désigner clairement le lésé alors qu'on le lui demande, fait planer un *soupçon* sur tous les autres membres de la collectivité.<sup>4</sup> Soit, mais ce soupçon existe déjà lors de la première manifestation de l'auteur. Il devrait donc, en bonne logique, être constitutif du délit déjà à ce moment-là.

140. Strehle se réfère à ce qu'Androulakis appelle le *principe du soupçon*<sup>5</sup>, formulé en 1880 déjà par le Tribunal d'Empire allemand. Un journaliste avait écrit que la juridiction de Prusse comptait une légion d'arrivistes. Le Tribunal a accordé la qualité pour agir à *tous* les juges de Prusse, quand bien même l'auteur n'en avait désigné qu'une partie indéterminée car, ce faisant, le délinquant a fait planer le soupçon d'une conduite déshonorante sur tous les juges prussiens.<sup>6</sup>

Hormis quelques cas isolés<sup>7</sup>, les tribunaux de la République fédérale d'Allemagne ont dès lors consacré ce principe, avec l'assentiment de la doctrine dominante<sup>8</sup>, comme un des piliers de leur jurisprudence en la matière. Ainsi, celui qui déshonore la majeure partie de la police<sup>9</sup>, la moitié de la police et de l'armée<sup>10</sup>, deux membres

<sup>1</sup> Binding p. 143.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Strehle p. 58 et 71.

<sup>4</sup> Strehle p. 71.

<sup>5</sup> Androulakis p. 12.

<sup>6</sup> Cf. Androulakis p. 12.

<sup>7</sup> Cf. Androulakis p. 27.

<sup>8</sup> Krug p. 25 ; Knör p. 694 ; Herdegen vor para 185 N 17.

<sup>9</sup> Androulakis p. 19.

<sup>10</sup> RG 66, 128.

de la fraction X à W.<sup>1</sup> (ledit groupe comptait, en l'espèce, dix-sept députés) ou un ministre bavarois<sup>2</sup> se rend coupable d'atteinte à l'honneur de tous les membres des collectivités visées (la police, l'armée, la fraction X à W., le gouvernement de Bavière).

A notre avis, contrairement aux opinions de Roth et Strehle<sup>3</sup> et malgré la lettre des articles 173 et 174 CPS (qui contiennent le terme de soupçon), le principe du soupçon est incompatible avec ces articles.

**141.** Précisons d'abord qu'en matière d'atteinte à l'honneur, la notion de soupçon remplit deux fonctions bien distinctes. Elle sert d'une part à résoudre le syllogisme incertain : c'est le principe du soupçon que nous venons de décrire. Elle est utilisée, d'autre part, comme à l'article 173 chiffre 1, pour définir l'acte délictueux.

Ces deux fonctions sont indépendantes l'une de l'autre. En disant que *chacun* des fonctionnaires du bureau X est *peut-être* un voleur, on éveille le soupçon de l'acte délictueux (« est peut-être un voleur »). Le soupçon ne concerne pas la détermination de la victime : tous les fonctionnaires en cause sont clairement visés ; aussi le délit est-il commis contre chacun d'eux. Au contraire, en affirmant qu'*un des* fonctionnaires du bureau X est un voleur, le soupçon ne se rapporte pas à l'acte délictueux, mais à la victime : aucun fonctionnaire n'est déterminé ; il manque une *persona certa* et donc un élément constitutif du délit. Dans le premier cas (« chacun est peut-être »), l'infraction est consommée car le soupçon suffit à qualifier l'acte délictueux ; dans la seconde hypothèse (« quelqu'un parmi eux est »), il n'y a pas de délit quand bien même l'acte délictueux est caractérisé par une accusation sans équivoque car, vu le soupçon, aucune victime précise n'existe.

La loi suisse ne se réfère à l'idée de soupçon qu'afin de définir l'acte délictueux, et non pas pour résoudre la question du syllogisme incertain. Telle est en tous cas l'opinion implicite de la plupart des auteurs, lesquels rapportent la notion de soupçon incluse aux articles 173 et 174, à l'acte délictueux et non pas à la victime.<sup>4</sup>

Cela ressort aussi des travaux préparatoires, dont la lecture montre qu'on a hésité quant au choix du *verbe*. Carl Stooss proposait : « ...aura attribué à autrui une conduite... ».<sup>5</sup> On note dans les avant-projets de 1903 et de 1908 : « ...aura imputé... ».<sup>6</sup> La Deuxième Commission d'experts a arrêté : « ...aura imputé ou reproché... ».<sup>7</sup> La notion de soupçon a seulement été introduite par la Commission de rédaction du Projet de 1918 : « ...aura accusé ou mis en suspicion... ».<sup>8</sup> Ainsi, il apparaît que l'idée de soupçon n'est intervenue qu'afin de préciser le verbe du texte légal, et jamais pour définir la victime. La référence au soupçon résulte du souci du législateur de trouver le verbe exact. Or, la fonction du verbe, dans la loi, est de constituer, du moins dans ses traits principaux, l'acte délictueux. C'est donc uniquement afin de qualifier ce dernier que les articles 173 et 174 CPS mentionnent le « soupçon ».

**142.** Ensuite, le principe du soupçon tend à punir le risque créé, l'activité en tant que telle de l'auteur, et non pas son résultat. Cela découle de la définition et de la

<sup>1</sup> BGH 14, 48.

<sup>2</sup> BGH 19, 235.

<sup>3</sup> Strehle p. 71 et Roth p. 36.

<sup>4</sup> Stratenwerth p. 117; Schwander n° 606; Logoz spéc. p. 245; Thormann/von Overbeck, art. 173 N 3.

<sup>5</sup> AP Stooss, art. 122 (« ein unehrenhaftes Verhalten (...) nachredet »).

<sup>6</sup> AP de 1903, art. 101 (« nachredet oder vorhält »); AP de 1908, art. 105 (« nachredet »).

<sup>7</sup> AP de 1916, art. 156 (« nachredet oder vorhält »).

<sup>8</sup> Projet de 1918, art. 150 et 151 (« beschuldigt oder verdächtigt »).

fonction même de cette théorie : on admet que le délit est consommé alors qu'on sait que certains plaignants ne sont pas atteints. Ainsi, si l'auteur diffame « une de ces dix personnes », on le punira, en vertu du principe du soupçon, tout en sachant qu'il est possible qu'aucun plaignant – sauf s'il y en a dix – n'est peut-être désigné. Si les dix personnes portent plainte et obtiennent que l'auteur soit puni, on considère neuf d'entre elles comme des victimes, bien qu'elles ne soient pas visées par l'allégation de l'auteur. Un résultat dommageable n'est pas requis. Le principe du soupçon ne peut donc être envisagé que dans le cadre de délits formels.

Or les articles 173 à 178 CPS érigent des délits matériels (n° 5) : un résultat est nécessaire. Quand l'honneur de personne n'est présumé atteint, il n'y a pas d'infraction.<sup>1</sup> Notons en outre que l'exigence que la victime soit déterminée exclut que le syllogisme incertain soit résolu en fonction du rapport entre le nombre de plaignants et l'expression de l'auteur. Il serait faux de conclure, lorsque l'auteur désigne tous les ministres sauf un, que les plaintes de deux ministres suffisent à réaliser l'infraction, ou, à l'inverse, quand on attaque un des ministres, que les actions de tous les ministres permettent de punir sans autre le délinquant. Ce raisonnement se fonde certes sur une arithmétique rigoureuse, mais il méconnaît le fait que le lésé doit être réellement déterminé. (On se heurterait en outre à d'insurmontables difficultés quand l'auteur s'en prend, par exemple, à « quarante-neuf pour cent » des membres d'une vaste association dont le nombre exact des adhérents est inconnu).

**143.** On objectera que le résultat, dans les délits contre l'honneur, est présumé, ce qui autoriserait à admettre le principe du soupçon. Ce raisonnement repose sur une confusion. Ce qui est présumé, aux articles 173 à 178 CPS, c'est l'effet dommageable de l'expression de l'auteur à l'égard d'une *persona certa*. La personne de la victime, elle, n'est jamais présumée. Or, le principe du soupçon consacre bel et bien une telle présomption. Il est vrai cependant qu'en admettant, comme le TF, que les atteintes à l'honneur sont des délits de mise en danger abstraite, il faut conclure que le principe du soupçon est admissible, car, dans cette hypothèse, le lésé ne doit plus être clairement déterminé. Nous avons toutefois rejeté ce point de vue (n° 4 ss).

**144.** Le principe du soupçon trahit à vrai dire la façon erronée dont le problème du syllogisme incertain est généralement posé. En punissant l'auteur d'une assertion quand des personnes sont simplement *soupçonnées*, on admet *a priori* que celles-ci (les victimes) ne sont pas *désignées*. La notion de soupçon, ici, est un palliatif : on constate que des individus ne sont pas formellement désignés par l'auteur ; mais on postule qu'ils mériteraient quand même d'être considérés comme des lésés du délit ; on conclut donc qu'un soupçon – par opposition à une désignation formelle – suffit à constituer l'infraction. Autrement dit, on part de l'idée aprioriste que le syllogisme incertain découpe, réduit l'ensemble initial, qu'il limite effectivement l'atteinte à une fraction de cet ensemble. D'emblée, on *préjuge que seul un sous-ensemble* (indéterminable) est désigné, d'où le recours au concept de soupçon dans le but d'étendre la qualité de victime à tous les membres de l'ensemble initial.

Cette façon d'aborder le problème est peu rigoureuse : bien que le dilemme soit de déterminer si des particuliers, membres d'un groupe, sont désignés en tant que tels par un terme collectif, on admet d'emblée que seul un sous-ensemble est visé. Toute la question est d'interpréter l'expression de l'auteur, de savoir si elle concerne des individus ; or, on préjuge que le syllogisme incertain restreint l'atteinte à une partie de la collectivité en cause. On attribue en fait à la lettre, à la forme de

<sup>1</sup>Stratenwerth p. 114.

l'expression de l'auteur, une signification absolue. L'interprétation matérielle (selon leur sens véritable) des termes de l'auteur est écartée.

145. Il faut par conséquent envisager le problème du syllogisme incertain sous un angle nouveau : la portée de la désignation partitive doit être *relativisée*. Il ne suffit pas que l'auteur dise : « quelques-uns parmi », pour qu'on admette automatiquement que seule une fraction du groupe est désignée. Ce préjugé implique soit une référence au principe du soupçon (référence que nous rejetons), soit que le syllogisme incertain devienne « Rezept für straflose Ehrverletzungen »<sup>1</sup>, c'est-à-dire une méthode pour détourner la loi. L'usage d'un syllogisme incertain devra simplement être pris en considération, parallèlement avec d'autres critères (n° 123 ss), pour déterminer l'existence de l'atteinte collective. Tout comme il tient compte de l'importance numérique du groupe ou de l'opinion du tiers moyen, le juge considérera aussi le fait que l'auteur a usé d'un syllogisme incertain.

L'usage du syllogisme incertain est donc un simple critère d'interprétation de l'expression dont a usé l'auteur. On ne peut pas fixer de façon abstraite la mesure dans laquelle il faut en tenir compte, qui dépend des circonstances et de l'importance relative des autres paramètres. Le juge devra toujours se demander quelle est la signification réelle des termes, considérés globalement, de l'auteur. L'usage d'un syllogisme incertain ne saurait en tout cas pas disculper systématiquement un délinquant. Lorsque ce procédé n'est qu'un paravent, une simple clause de style, un lâche moyen d'atteindre l'ensemble, il en sera totalement fait abstraction. Mais s'il apparaît, à la lumière d'autres circonstances (notamment de l'importance numérique du groupe et du contenu de l'allégation), être une restriction réelle de l'ensemble visé, l'atteinte collective ne sera pas retenue. (Évidemment, si une personne peut prouver qu'elle est désignée bien que l'atteinte collective ne soit pas admise, le délit sera commis à son égard ; mais c'est là une atteinte individuelle).

146. Notre thèse élimine un inconvénient inhérent au principe du soupçon.

Ce principe sanctionne en effet un risque. Or, le risque peut être plus ou moins réel. Il est infime quand l'auteur dit : « un de » ; il est très grand quand il affirme « tous sauf un ». Aussi, dans le premier cas (« un de »), les tribunaux allemands n'appliquent le principe du soupçon qu'à la condition que l'ensemble en cause soit petit, c'est-à-dire quand le risque est relativement élevé, ce qui se justifie. Cependant, Androulakis conteste cette pratique au nom d'un argument pertinent : il est sans importance, dit-il, qu'on soupçonne quelqu'un d'être un voleur, selon un degré de vraisemblance de vingt pour cent au lieu de cinq pour cent ; il n'y a aucune différence qualificative entre les expressions « un de » et « tous sauf un ».<sup>2</sup>

Ce dilemme disparaît si on analyse la question comme nous le proposons. Il ne s'agit plus de savoir si l'atteinte collective peut être retenue à partir d'un certain taux de soupçon, et, le cas échéant, de fixer ce taux. Il faut uniquement déterminer si l'expression de l'auteur désigne, étant donné diverses circonstances, individuellement les membres d'un groupe visé. Chaque cas est particulier. Ainsi, le délit pourra être retenu même si l'auteur vise « un des membres de... ».

147. Concluons : Nos quelques développements sur le syllogisme incertain, de même que ceux qui concernent le critère de l'importance numérique, ont montré qu'il faut se méfier, en matière d'atteinte collective, des théories qui prétendent imposer des recettes globales et absolues. Ici, tout est casuisme. Le seul principe

<sup>1</sup> RSJ 27 p. 55 (Trib. cant. SG).

<sup>2</sup> Androulakis p. 58.

constant est celui de l'interprétation objective de l'expression de l'auteur, dont l'intention est ici sans intérêt.

La notion d'effet-réflexe doit être abandonnée. Quant aux divers critères et circonstances déterminants, leur importance et nombre varient de cas en cas.

### Section 5 La jurisprudence

Alors que les jurisprudences française et allemande concernant le problème de l'atteinte à l'honneur collective sont volumineuses, les arrêts publiés du TF sont peu nombreux.

**148.** En 1924, un citoyen grison, Gardient, publiait un ouvrage dans lequel il injurait vertement l'élite politique grisonne, qu'il désignait en ces termes : ceux qui façonnent l'opinion publique, les gardiens de l'Etat, la presse en faveur du gros capital, le parti politique dominant, ceux qui égarent le peuple. Le TF a jugé que ces expressions sont assez précises pour que soit réalisée une atteinte collective à l'honneur des personnalités politiques qui avaient porté plainte. Il faut relever que, dans cette affaire, le TF, saisi d'un recours de droit public, se bornait à examiner si le jugement condamnatore cantonal était arbitraire. Ses motifs sont pourtant intéressants.

D'abord, notre Haute Cour invoque une partie de la doctrine allemande, qui admet la possibilité d'une atteinte collective.<sup>1</sup> Elle note ensuite qu'une atteinte à l'honneur peut être commise par le biais d'une désignation collective à condition que les individus en soient l'objet d'une manière *reconnaissable*.<sup>2</sup> Le TF ne dit pas clairement quand existe ce caractère reconnaissable. Il se réfère néanmoins à deux critères : premièrement, l'ensemble désigné ne doit pas compter un trop grand nombre d'individus<sup>3</sup> ; enfin, l'état reconnaissable doit s'apprécier selon l'opinion du lecteur du texte.<sup>4</sup>

**149.** En 1943, un journaliste prétendit, sans citer de nom, que certains postes du budget de la ville de Lucerne servaient à récompenser des services de nature politique. Les cinq membres du Conseil municipal de Lucerne saisirent la justice. Le TF estima qu'il n'y avait pas de délit : « La critique incriminée est formulée en des termes trop généraux pour pouvoir s'appliquer à un membre particulier du Conseil municipal. »<sup>5</sup> Il confirma ainsi le jugement de l'instance inférieure, laquelle avait noté que les membres du Conseil municipal ne sont pas les seules personnes responsables de la gestion communale.

**150.** Vient ensuite un véritable cas d'école : un plumeur s'en était pris, sans les nommer, à soixante-treize Conseillers nationaux. « L'article ne reproche une conduite infamante qu'à ceux des membres du Conseil qui ont voté en faveur du paiement immédiat des allocations de renchérissement. Il est vrai que l'honneur de ces 73 membres est ainsi blessé. Peu importe que l'article ne les cite pas par leur nom. Car les Conseillers nationaux qui l'ont eu sous les yeux ont pu en tout cas savoir lesquels de leurs collègues étaient visés. »<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 50 I 216.

<sup>2</sup> 50 I 217.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> 50 I 218.

<sup>5</sup> JT 1943 IV 81 = 69 IV 84.

<sup>6</sup> JT 1955 IV 24 = 80 IV 166.

151. Enfin, l'espèce la plus importante en cette matière est l'objet de l'arrêt publié en 1974 au RO 100 IV 43. Un ami des animaux avait écrit, dans un périodique vaudois, que la chasse est un sport criminel et surtout que les chasseurs sont des désœuvrés, des refoulés, des complexés, des maniaques, des vicieux, des brutes sanguinaires et des êtres humains à l'état larvaire ! Trente-sept chasseurs vaudois se prétendirent atteints dans leur honneur, mais le TF les débouta. Ses considérants sont, quant au fond, pratiquement les mêmes que ceux de l'arrêt Gardient, rendu cinquante ans auparavant. Le TF se réfère d'abord aux droits français et allemand. Il note ensuite : « On doit admettre que l'attaque générale dirigée contre une vaste collectivité de personnes prise dans son ensemble ou son universalité n'est pas propre à porter atteinte à l'honneur de chacun des individus qui lui appartient, si aucune délimitation ne permet d'identifier un *groupe restreint se distinguant de l'ensemble*. » (nous soulignons).<sup>1</sup> L'arrêt Gardient exigeait que les individus soient reconnaissables, ce qui est identique à la notion de groupe restreint. En effet, le TF, afin de déterminer le groupe restreint, retient les deux critères qui définissaient l'état reconnaissable. D'une part, il affirme : « Trop générale, l'attaque se dilue au point de s'atténuer considérablement et elle détourne le *citoyen moyen* (nous soulignons) d'envisager ou de croire qu'elle puisse réellement toucher sans aucune exception tous les individus de la collectivité visée ». <sup>2</sup> D'autre part, dit-il, il faut tenir compte de l'importance numérique du groupement désigné. Il s'agit toutefois non seulement du nombre de membres, mais aussi de l'extension géographique de la collectivité. Ainsi, bien que le TF ne l'affirme pas expressément, il ressort du considérant 4 de son arrêt que si l'auteur de l'article avait insulté non pas les chasseurs en général, mais les chasseurs vaudois, il aurait commis un délit.

152. En résumé, la jurisprudence du TF s'appuie sur trois notions : le caractère reconnaissable des membres du groupe désigné, l'importance numérique de celui-ci et l'opinion du tiers moyen. Dans la mesure où elle ne consacre pas de clés rigides et absolues, cette jurisprudence peut être approuvée.

Une seule réserve doit être faite : les termes « les chasseurs vaudois » ne sauraient, à notre avis, constituer une désignation suffisante tant que *le contenu* de l'imputation qui leur est faite (refoulés, maniaques, brutes, etc.) ne caractérise pas le comportement des chasseurs vaudois en particulier mais de tous les adeptes de la chasse. En l'espèce, l'adjectif vaudois ne réduit pas le nombre de chasseurs visés. Si, en revanche, le contenu de l'allégation délictueuse était étroitement lié à l'expression « chasseurs vaudois » (par exemple : les chasseurs vaudois ont massacré les lièvres de la Vallée de Joux), alors le délit serait commis à leur égard.

<sup>1</sup> 100 IV 48 ; cf. dans le même sens RSJ 27 (1930/31) p. 54.

<sup>2</sup> 100 IV 48.

TROISIÈME PARTIE    LA VICTIME  
DE L'ATTEINTE À L'HONNEUR  
EN PROCÉDURE PÉNALE

**153.** Le droit de procédure n'est pas unifié en Suisse, de sorte que la victime d'une infraction est soumise à des systèmes différents selon les 26 Etats cantonaux. En cas d'atteinte à l'honneur (art. 173 à 178 CPS), il existe essentiellement trois types de procédures applicables. Plusieurs cantons répriment ces délits selon la procédure pénale ordinaire. D'autres ont institué une procédure pénale privée (action pénale privée, « Privatstrafklage »). D'autres encore renvoient à la procédure civile. Nous recensons ces cantons ci-dessous.

Le droit des cantons d'établir une procédure spéciale en matière de délits contre l'honneur procède des dispositions fondamentales sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Il s'agit de l'article 64 bis alinéa 2 Cst féd, qui consacre la compétence cantonale en procédure pénale, ainsi que de l'art. 365 alinéa 1 CPS qui rappelle la règle constitutionnelle. Quant au TF, il a eu plusieurs fois l'occasion de dire que les cantons ont le droit de prévoir des procédures spéciales (procédure pénale privée et procédure civile) pour poursuivre et juger les infractions contre l'honneur.<sup>1</sup> Enfin, mentionnons que le législateur a renoncé à l'art. 385 alinéa 2 du Projet de Code pénal de 1918, prohibant l'application de la procédure civile en matière de délits pénaux contre l'honneur.

Malgré ces principes, le Code pénal peut contenir des dispositions dérogeant à l'art. 365 alinéa 1 CPS. Il peut, d'autre part, ne pas être conforme à la Constitution : la constitutionnalité d'une loi fédérale ne fait pas l'objet d'un contrôle judiciaire. Les cantons ne sont donc totalement libres d'édicter des procédures spéciales en matière d'atteinte à l'honneur que dans la mesure où il n'existe aucune règle fédérale dans ce domaine. Or tel est bien le cas. Nous verrons que les articles 28 ss CPS ne restreignent pas la faculté, pour les cantons, d'aménager une procédure pénale privée (nos 179 ss).

## CHAPITRE PREMIER : RÉPERTOIRE DES PROCÉDURES RELATIVES AUX INFRACTIONS CONTRE L'HONNEUR

Nous classifions les procédures applicables aux délits contre l'honneur à partir d'un critère formel. Le contenu réel, la véritable nature, les diverses parentés des procédures apparaîtront tout au cours de cette troisième partie.

### *Section première La procédure pénale ordinaire*

**154.** Treize cantons soumettent la poursuite des infractions contre l'honneur à la procédure pénale ordinaire. Il faut toutefois distinguer.

<sup>1</sup> 69 IV 94 ; 69 IV 157.

*Cinq cantons*, à savoir Nidwald (lorsqu'aucune prétention civile n'est formulée<sup>1</sup>), Neuchâtel, Vaud, le Tessin et Genève, appliquent sans autre la procédure ordinaire.

*Les huit autres cantons* (Appenzell Rhodes-Extérieures, Soleure, Fribourg, Jura, Lucerne, Schwyz, Valais et Berne) connaissent quelques règles spéciales. L'importance de ces particularités est à vrai dire très variable. Elles concernent la compétence matérielle du tribunal<sup>2</sup>, la tentative de conciliation<sup>3</sup>, la qualité de partie<sup>4</sup>, la recherche d'un auteur anonyme ou de l'auteur d'un article de presse<sup>5</sup>, l'avance des frais de procédure<sup>6</sup>, la charge de ces frais<sup>7</sup>, les réquisitions de preuves<sup>8</sup>, l'administration de la preuve de la vérité<sup>9</sup>, le droit des parties d'assister à l'audition des témoins et des experts et le droit de les interroger<sup>10</sup>, le contenu de la décision de renvoi<sup>11</sup> et la procédure de révision.<sup>12</sup>

Relevons enfin un *quatorzième* cas d'application de la procédure ordinaire : Glaris, qui soumet en principe les atteintes à l'honneur aux règles de la procédure civile, mais renvoie à la procédure pénale ordinaire quand l'auteur de l'infraction est inconnu.<sup>13</sup>

## Section 2 *La procédure pénale privée*

**155.** *Huit cantons* alémaniques ont institué une action pénale privée. Ce sont Argovie<sup>14</sup>, Bâle-Campagne<sup>15</sup>, Bâle-Ville<sup>16</sup>, les Grisons<sup>17</sup>, Schaffhouse<sup>18</sup>, Saint-Gall<sup>19</sup>, Zoug<sup>20</sup> et Zurich<sup>21</sup>.

Ces cantons n'excluent toutefois pas totalement la procédure ordinaire. En général, ils prévoient expressément que les règles de la procédure pénale ordinaire sont valables à titre subsidiaire.<sup>22</sup> Si ce renvoi exprès fait défaut, il faut admettre qu'il est implicite : les dispositions sur l'action pénale privée sont peu nombreuses et ne visent jamais à elles seules toute la procédure.

En outre, la procédure ordinaire s'applique dans des cas particuliers d'atteinte à l'honneur, par exemple si la victime est un fonctionnaire ou un membre d'une

<sup>1</sup> NW 13/1 CPC.

<sup>2</sup> BE 208/1 CPP ; JU 211 CPP.

<sup>3</sup> FR 15 CPP et 152 OJ (ces articles visent tous les délits poursuivis uniquement sur plainte de la victime) ; LU 144 et 148 CPP, 83 CPC ; SZ 104 CPP ; VS 10 et 45 CPP ; AE 186 et 187 CPP ; SO 78/2 bis et 79 CPP, 6 OJ.

<sup>4</sup> FR 34 CPP.

<sup>5</sup> AE 188 CPP.

<sup>6</sup> BE 83/1 CPP ; JU 80/1 CPP ; AE 189/2 CPP ; LU 146 CPP ; SO 82 CPP ; SZ 103/2 CPP.

<sup>7</sup> LU 152 CPP ; AE 244 et 250 CPP.

<sup>8</sup> AE 189/1 CPP.

<sup>9</sup> LU 149 CPP.

<sup>10</sup> LU 150 CPP.

<sup>11</sup> AE 191 CPP.

<sup>12</sup> AE 192 CPP.

<sup>13</sup> GL 204 CPP.

<sup>14</sup> AG 181 ss CPP.

<sup>15</sup> BL 12 et 178 ss CPP.

<sup>16</sup> BS 6, 7/2 et 196 ss CPP.

<sup>17</sup> GR 162 ss CPP.

<sup>18</sup> SH 65 ss LiCP.

<sup>19</sup> SG 265 ss CPP.

<sup>20</sup> ZG 65 ss CPP et 24 OJ.

<sup>21</sup> ZH 286 ss CPP.

<sup>22</sup> ZH 286 CPP ; GR 162 CPP ; BS 196 CPP ; SG 265/2 CPP ; SH 65 LiCP.

autorité dans l'exercice de ses fonctions<sup>1</sup> ou en cas de jonction de causes.<sup>2</sup> Bâle-Ville connaît une règle intéressante, tendant à montrer que le législateur estime le lésé mieux protégé en procédure pénale ordinaire dont on applique les règles si un représentant légal a commis un délit au préjudice de celui qu'il représente, sauf si celui-ci est âgé de 18 ans, s'il possède le discernement et s'il a renoncé à porter plainte.<sup>3</sup> Parfois, dans les hypothèses précitées, la répression selon la procédure pénale ordinaire dépend de l'appréciation du procureur ou du tribunal.<sup>4</sup> A Saint-Gall, il faut une demande de la victime et une décision du Conseil d'Etat.<sup>5</sup>

Nous verrons, d'autre part, que les règles de la procédure pénale privée sont souvent empruntées à la procédure civile. Parfois, on procède même par renvoi, comme à Saint-Gall, s'agissant des normes sur la représentation des parties.<sup>6</sup>

### *Section 3 La procédure civile*

**156.** Cinq cantons de Suisse alémanique traitent les délits contre l'honneur selon les formes de la procédure civile. Il s'agit d'Appenzell Rhodes-Intérieures<sup>7</sup>, de Glaris quand l'auteur de l'infraction est connu<sup>8</sup>, d'Obwald<sup>9</sup>, de Thurgovie<sup>10</sup> et d'Uri.<sup>11</sup>

Toutefois, ces systèmes admettent aussi des exceptions. Thurgovie applique la procédure pénale ordinaire si la victime du délit est un membre d'une autorité ou un fonctionnaire dans l'exercice de leurs fonctions.<sup>12</sup> Obwald a adopté la même règle, en l'étendant aux ecclésiastiques.<sup>13</sup>

Diverses dispositions spéciales existent par ailleurs dans certains cantons : afin de rechercher un auteur inconnu<sup>14</sup>, concernant l'introduction de la plainte<sup>15</sup>, l'administration des preuves<sup>16</sup>, le jugement<sup>17</sup>, la conciliation<sup>18</sup>, l'appel<sup>19</sup>, la compétence matérielle du tribunal<sup>20</sup>, la procédure écrite<sup>21</sup> et l'exécution du jugement.<sup>22</sup> Enfin, des normes particulières sur le for s'avèrent nécessaires<sup>23</sup> : le for civil ordinaire du domicile du défendeur ne correspond pas forcément au for pénal du lieu de commission du délit.

<sup>1</sup> AG 181/2 CPP ; GR 169 CPP qui érige cependant de nouvelles règles spéciales ; SG 266 CPP ; BS 7/2 ch 2 CPP.

<sup>2</sup> AG 181/3 CPP ; SG 267 CPP ; BS 7/1 CPP.

<sup>3</sup> BS 7/2 ch 1 CPP.

<sup>4</sup> BS 7/1 et 2 CPP ; AG 181/3 CPP.

<sup>5</sup> SG 266 CPP.

<sup>6</sup> SG 268/2 CPP.

<sup>7</sup> AI 1/2 CPC.

<sup>8</sup> GL 201/1 CPP.

<sup>9</sup> OW 42 OJ.

<sup>10</sup> TG 180/1 CPP.

<sup>11</sup> UR 1/2 CPP et 246 CPC.

<sup>12</sup> TG 186 CPP.

<sup>13</sup> OW 42 OJ.

<sup>14</sup> TG 181 CPP ; GL 204/1 CPP ; UR 246/3 CPC.

<sup>15</sup> TG 182 CPP.

<sup>16</sup> TG 184 CPP.

<sup>17</sup> TG 185 CPP.

<sup>18</sup> TG 183 CPP ; cf. en outre AI 37 CPC.

<sup>19</sup> GL 202 CPP.

<sup>20</sup> TG 12 CPC ; GL 202/1 CPP.

<sup>21</sup> GL 203 CPP.

<sup>22</sup> UR 287 CPC.

<sup>23</sup> AI 30 CPC ; GL 7 ch 10 CPC ; OW 18 CPC.

Notons encore qu'un *sixième canton* (Nidwald) applique la procédure civile dès qu'une prétention civile accompagne la plainte pénale.<sup>1</sup>

## CHAPITRE 2 LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PÉNALE

157. L'ouverture de l'action pénale est l'acte d'un organe étatique, jouissant d'un certain pouvoir d'appréciation, acte qui a pour effet de déclencher une procédure contre l'auteur présumé d'une infraction. Nous parlerons de *mise en mouvement* de l'action pénale quand cet acte est le fait, non seulement d'un organe de l'Etat, mais aussi d'un particulier.

Quel que soit le type de procédure considéré, la mise en mouvement de l'action pénale dépend d'abord, en cas de délit contre l'honneur, du dépôt d'une plainte pénale.

Nous nous limiterons à l'examen de deux questions. Quand l'action pénale est-elle mise en mouvement (nos 158 ss) ? Comment intervient le plaignant dans cette phase de la procédure (nos 168 ss) ?

### *Section première Le moment de la mise en mouvement de l'action pénale*

#### *I. Le problème*

158. Avant d'ouvrir l'action pénale proprement dite, la plupart des cantons obligent les parties à tenter une conciliation. L'autorité chargée de concilier est soit l'autorité d'instruction<sup>2</sup>, soit le président du tribunal<sup>3</sup>, soit le préfet<sup>4</sup>, soit le juge de paix.<sup>5</sup> Certains cantons renvoient expressément aux règles de la procédure civile sur la conciliation.<sup>6</sup> Il faut pourtant relever que la conciliation pénale n'est pas identique à la conciliation civile : au civil, l'acquiescement du défendeur suffit à mettre un terme au litige ; au pénal, il importe que le plaignant retire sa plainte.

L'obligation de tenter une conciliation peut disparaître dans des cas particuliers : si l'auteur est inconnu<sup>7</sup>, si l'atteinte est perpétrée par la voie de la presse<sup>8</sup>, si l'auteur commet une nouvelle atteinte à l'honneur<sup>9</sup>, si l'auteur est en outre jugé pour des infractions qui se poursuivent d'office<sup>10</sup> voire simplement pour une autre

<sup>1</sup> NW 13 CPC.

<sup>2</sup> NE 116/1 CPP ; VD 146/1 CPP ; SZ 104 CPP ; LU 148 CPP.

<sup>3</sup> GR 164/1 CPP ; VD 147 CPP et NE 187 CPP si le juge instructeur n'a pas procédé à la conciliation ; SO 78/2 bis CPP.

<sup>4</sup> FR 15 CPP et 152 OJ.

<sup>5</sup> AG 182/2 CPP ; ZH 309 CPP ; SH 68 LiCP ; BL 180/1 CPP ; LU 144 CPP et 83 CPC ; ZG 65/2 CPP ; VS 10 CPP ; SO 79 CPP et 6 OJ.

<sup>6</sup> VS 45/1 CPP ; BL 180/2 CPP ; LU 144/2 CPP ; SZ 104/2 CPP ; SH 72 LiCP.

<sup>7</sup> LU 144/3 CPP ; SZ 104/1 litt c CPP.

<sup>8</sup> SZ 104/1 litt a CPP.

<sup>9</sup> SO 79/3 CPP.

<sup>10</sup> SO 79/4 CPP.

infraction<sup>1</sup>, si la victime du délit est un fonctionnaire ou un membre d'une autorité.<sup>2</sup>

159. Lorsqu'échoue l'audience de conciliation dirigée non par le juge du fond, mais par une autre autorité, telle que le juge de paix, il est délivré au plaignant un procès-verbal de non-conciliation (« Weisungsschein », « Leitsschein », « Akzeschein »). Il s'agit d'une décision attestant l'échec de la tentative de conciliation. Elle est nécessaire à l'ouverture de la poursuite pénale.<sup>3</sup> Dans certains cantons, comme à Schaffhouse et en Appenzell Rhodes-Extérieures<sup>4</sup>, le juge conciliateur transmet lui-même d'office l'acte de non-conciliation au juge pénal.

Le problème suivant surgit alors : la requête en conciliation suffit-elle à ouvrir l'action pénale ou bien faut-il, pour sauvegarder le délai de plainte de trois mois (art. 29 CPS), que la plainte soit déposée auprès du juge pénal ?

## II. La jurisprudence

160. Le TF a jugé que la requête en conciliation vaut plainte pénale si le procès-verbal de non-conciliation, qui permet d'engager la poursuite, est transmis *d'office* par le juge conciliateur au juge pénal. En revanche, dans les cantons où il appartient au plaignant de présenter (ou de ne pas présenter) l'acte de non-conciliation, la requête en conciliation ne vaut pas plainte pénale.<sup>5</sup>

En Argovie, il échoit au plaignant de délivrer l'acte de non-conciliation au juge du fond. La requête en conciliation n'ouvre donc pas l'action pénale. Le Tribunal supérieur argovien a dès lors décidé, en se fondant sur la jurisprudence du TF, que la procédure de conciliation doit se dérouler entièrement durant le délai de trois mois fixé à l'article 29 CPS, ce qui permet au plaignant d'obtenir, comme le prescrit la loi cantonale de procédure, l'acte de non-conciliation avant de saisir le juge pénal.<sup>6</sup>

Or, le TF a considéré cette obligation comme incompatible avec l'article 29 CPS. La pratique argovienne, a-t-il dit, abrège en fait le délai de trois mois. Pire : si la conciliation durait plus de trois mois, le droit de porter plainte serait alors échu. Le TF n'a pas pour autant admis que le dépôt de la requête en conciliation permet de respecter le délai. Il a simplement conclu qu'il est licite de déposer simultanément, au dernier jour du délai, et la requête en conciliation près le juge conciliateur, et la plainte pénale près le juge du fond.<sup>7</sup> Alors le plaignant ne pourra plus fournir l'acte de non-conciliation, mais le TF a précisé que le droit de saisir en même temps les deux autorités ne dispense pas le plaignant de l'obligation de produire un tel acte, dans les cantons qui imposent ce devoir.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> VS 45/2 CPP.

<sup>2</sup> SZ 104/2 litt b CPP.

<sup>3</sup> AG 182/1 CPP ; VS 45/1 CPP ; SG 270/1 CPP ; SH 71 LiCP ; BL 180/2 CPP ; ZG 65/2 CPP ; LU 145/2 CPP ; TG 182 CPP.

<sup>4</sup> SH 71 LiCP ; AE 186/2 CPP.

<sup>5</sup> 69 IV 198 ; 71 IV 66 ; 74 IV 10 ; 98 IV 245.

<sup>6</sup> Circulaire du 28 avril 1944, Vierteljahresschrift für aarg. Rechtssprechung 1944 p. 95.

<sup>7</sup> 74 IV 10.

<sup>8</sup> 105 IV 165 ; 103 IV 132.

### III. La doctrine

Schwander<sup>1</sup> et Mahnig<sup>2</sup> exposent, sans la critiquer, cette jurisprudence. Logoz ne se prononce pas.<sup>3</sup> Wieland la soutient.<sup>4</sup> Pfenninger<sup>5</sup>, Lutz<sup>6</sup> et Moser<sup>7</sup> la rejettent avec conviction.

On fait principalement quatre griefs à la jurisprudence du TF.

**161.** Le premier est d'ordre pratique : le public risque de méconnaître l'obligation de devoir saisir deux autorités différentes.<sup>8</sup> A notre avis, cet argument n'est pas déterminant : y a-t-il beaucoup de monde qui connaisse l'existence du délai de trois mois de l'article 29 CPS ?

**162.** Ensuite, Pfenninger constate que la jurisprudence du TF permet d'éviter au plaignant la conciliation même dans les cantons qui la rendent obligatoire.<sup>9</sup> A vrai dire, le juge du fond, recevant une plainte au dernier moment, pourra toujours attendre que la conciliation ait lieu. Thurgovie a prévu cette solution : si le plaignant, pour sauvegarder le délai de trois mois, a dû saisir le juge pénal sans avoir tenté de conciliation, le président du tribunal lui fixe un délai de 60 jours pour obtenir l'acte de non-conciliation<sup>10</sup>. De même, aux Grisons<sup>11</sup>, à Zurich<sup>12</sup>, à Lucerne<sup>13</sup> et à Soleure<sup>14</sup>, on a prévu la possibilité que la procédure de conciliation se déroule après que le juge pénal est saisi de la plainte. Remarquons d'ailleurs que si le plaignant cherche à éviter l'audience de conciliation, il est inutile de la lui imposer. La règle neuchâteloise est opportune à ce sujet : la tentative de conciliation est réputée avoir échoué quand une ou les deux parties sont absentes à l'audience de conciliation.<sup>15</sup>

**163.** On souligne en outre que le TF n'applique pas à la conciliation pénale les règles jurisprudentielles arrêtées à propos de la conciliation civile<sup>16</sup> : en procédure civile, la requête en conciliation interrompt la prescription.<sup>17</sup> Notons que si les délits contre l'honneur se poursuivent dans les formes de la procédure civile, le TF n'admet pas non plus que la requête en conciliation vaille plainte pénale, à moins que cette requête ne crée elle-même la litispendance d'après le droit cantonal.<sup>18</sup> En revanche, en procédure zuricoise concernant les atteintes à l'honneur commises par

<sup>1</sup> Schwander n° 420.

<sup>2</sup> Mahnig RSJ 57 p. 17.

<sup>3</sup> Logoz RPS 61 p. 91.

<sup>4</sup> Wieland p. 7.

<sup>5</sup> Pfenninger RSJ 44 p. 303 ; 41 p. 286 ; 42 p. 433.

<sup>6</sup> Lutz RSJ 40 p. 358.

<sup>7</sup> Moser p. 159.

<sup>8</sup> Pfenninger RSJ 44 p. 303.

<sup>9</sup> Pfenninger RSJ 41 p. 282 ss.

<sup>10</sup> TG 182 CPP.

<sup>11</sup> GR 164 CPP.

<sup>12</sup> Circulaire de la Commission administrative du Tribunal supérieur zuricois, ZR 56 n° 53 point 3.

<sup>13</sup> LU 145/2 CPP.

<sup>14</sup> SO 79/2 CPP.

<sup>15</sup> NE 116/2 CPP.

<sup>16</sup> Lutz RSJ 40 p. 357 ; Pfenninger RSJ 41 p. 286.

<sup>17</sup> 42 II 102.

<sup>18</sup> 98 IV 247 ; 71 IV 66.

la voie de la presse, le TF a reconnu que l'accusation provisoire, au sens du paragraphe 295 CPP ZH, constitue déjà une plainte pénale.<sup>1</sup>

164. Enfin, Pfenninger<sup>2</sup> conteste l'opinion du TF selon laquelle la plainte pénale doit être définitive et inconditionnelle<sup>3</sup>, ce que n'est pas la requête en conciliation. Le seul fait que la plainte puisse être retirée (art. 31 CPS) montre en effet qu'elle peut être, comme la requête en conciliation, provisoire et conditionnelle.

Nous pensons aussi qu'il faut assimiler la requête en conciliation à une plainte pénale. Cependant, les arguments de la doctrine ne sont, à notre avis, pas tous fondés. Cette solution s'impose plutôt pour les deux raisons suivantes.

165. La jurisprudence du TF est surtout motivée par le souci de respecter le délai de trois mois dans les cantons où la transmission de l'acte de non-conciliation au juge du fond n'est pas automatique.<sup>4</sup> On peut craindre en effet que le plaignant, après l'échec de la conciliation, attende longtemps avant de saisir le juge du fond. L'article 29 CPS serait ainsi détourné de son but qui est de mettre rapidement l'action pénale en mouvement, en cas de délits qui se poursuivent exclusivement sur plainte.

À notre avis, cette appréhension ne se justifie pas, car la célérité de la procédure est bien souvent garantie par des dispositions cantonales qui limitent la durée de validité du procès-verbal de non-conciliation et qui obligent donc le plaignant à se prévaloir de cette décision à bref délai.<sup>5</sup> Ainsi à Zurich, le paragraphe 310/2 CPP impose au plaignant un délai de deux mois pour exiger la délivrance par le juge de paix de l'acte de non-conciliation. Cette décision est valable un mois.<sup>6</sup> Etant donné la jurisprudence du TF, la Commission administrative du Tribunal supérieur zuricois<sup>7</sup>, Hauser<sup>8</sup> et Münch<sup>9</sup> ont relevé à juste titre que ces deux dispositions contredisent l'article 29 CPS et ne peuvent plus être appliquées. En revanche, si on reconnaît que la requête en conciliation vaut plainte pénale, les paragraphes 310/2 et 312/2 CPP ZH apparaissent comme des moteurs nécessaires de la procédure.

Ainsi, la requête en conciliation pourrait équivaloir à une plainte pénale – tout au moins dans les cantons qui restreignent dans le temps la validité du procès-verbal de non-conciliation – sans que l'article 29 CPS ne puisse être éludé.

166. Cette solution répond, d'autre part, à des impératifs logiques. La tentative de conciliation est une institution de procédure, *une étape de la procédure*. Or on admet, comme principe fondamental, qu'en matière de délits poursuivis exclusivement sur plainte de la victime, il faut une plainte pénale, au sens des articles 28 ss CPS, pour que la procédure soit engagée. La plainte pénale est en effet une condition d'exercice de l'action publique<sup>10</sup>, et c'est seulement dans des cas exceptionnels que des actes de procédure peuvent être exécutés alors qu'aucune plainte n'a encore été déposée (par exemple, Appenzell Rhodes-Extérieures et Argovie admettent que

<sup>1</sup> 71 VI 227 ; cf. Pfenninger (RSJ 42 p. 334) qui s'oppose à ces distinctions.

<sup>2</sup> Pfenninger RSJ 44 p. 303.

<sup>3</sup> 71 IV 67.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> VS 45/1 CPP ; SO 79/2 CPP ; ZH 310/2 et 312/2 CPP.

<sup>6</sup> ZH 312/2 CPP.

<sup>7</sup> Circulaire du 5 mai 1956, ZR 56 n° 53.

<sup>8</sup> Hauser/Hauser p. 319.

<sup>9</sup> Münch, RSJ 45 p. 50.

<sup>10</sup> 69 IV 74.

l'autorité prenne des mesures dans des cas urgents).<sup>1</sup> Par conséquent, en bonne logique, la procédure de conciliation doit suivre le dépôt de la plainte pénale. Cette chronologie est respectée uniquement si on considère que la requête en conciliation équivaut à une plainte pénale.

167. Relevons enfin, *de lege ferenda*, que l'obligation de présenter un acte de non-conciliation afin de saisir le juge du fond nous apparaît comme inutilement formaliste. Les pratiques jurassienne et bernoise sont, à cet égard, plus simples et tout aussi efficaces. Dans ces deux cantons, les lois de procédure pénale ne font pas référence à la tentative de conciliation. C'est le juge unique qui convoque et le prévenu et le plaignant<sup>2</sup> en procédure orale et qui tente d'office une conciliation. Si celle-ci échoue, la procédure suit son cours. Du reste, le juge pourra aussi ne pas tenter du tout de conciliation, si elle lui paraît d'emblée vouée à l'échec.

## Section 2 *La participation du plaignant à la mise en mouvement de l'action pénale*

### 1. *La procédure pénale ordinaire*

168. En procédure pénale ordinaire, la plainte de la victime ne suffit pas à mettre l'action publique en marche. Genève et Neuchâtel, dont la procédure s'apparente au système français, ont confié au Ministère public le soin d'ouvrir l'instruction<sup>3</sup>. A Genève, ce régime est nouveau concernant les atteintes à l'honneur. Jusqu'en 1978, date d'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale, Genève connaissait une procédure spéciale, appelée « citation directe ». Le lésé devait saisir directement le tribunal grâce à une requête formelle<sup>4</sup>. Dans les autres cantons, l'autorité d'instruction se saisit elle-même<sup>5</sup>, après que la victime a porté plainte.

169. Les auteurs de l'ouverture de l'action pénale sont donc, dans les cantons qui poursuivent les infractions contre l'honneur d'après la procédure ordinaire, soit le Ministère public, soit le juge d'instruction. Or, ceux-ci jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation, quant au traitement de la plainte. Ils peuvent en effet refuser de suivre.

L'étendue de ce pouvoir d'appréciation est déterminée de deux façons différentes. Selon le principe de la *légalité* des poursuites pénales (dominant en Suisse), on peut refuser d'ouvrir l'action pénale s'il apparaît que les éléments constitutifs du délit supposé ou les conditions légales de la poursuite ne sont vraisemblablement pas réunis.<sup>6</sup> Dans cette hypothèse, le plaignant dont la plainte a été écartée a la possibilité de recourir.<sup>7</sup>

Dans les cantons qui connaissent le principe de l'*opportunité* des poursuites pénales (typique du droit français), l'auteur de l'ouverture de l'action pénale peut, en outre, classer l'affaire, si la poursuite se révèle inopportune.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> AE 19/2 CPP ; AG 121/2 CPP.

<sup>2</sup> Ce dernier malgré la lettre des articles 229 CPP JU et 226 CPP BE.

<sup>3</sup> GE 115 CPP ; NE 9 et 106 CPP.

<sup>4</sup> Poncet p. 50.

<sup>5</sup> SO 86 CPP ; AE 144/2 CPP ; FR 17 CPP ; JU 78 CPP ; BE 82 CPP ; VS 42 CPP ; SZ 59/1 CPP ; NW 84 CPP ; VD 172 CPP.

<sup>6</sup> Cf. par exemple JU 81 CPP ; BE 84 CPP ; VS 46/1 CPP ; NW 83 CPP ; SO 80 CPP.

<sup>7</sup> Cf. par exemple JU 81/5 CPP ; BE 84/5 CPP ; VS 46/4 CPP ; NW 83/3 CPP ; SO 81/1 CPP ; FR 16 CPP.

<sup>8</sup> NE 8 CPP ; VD 53 CPP ; GE 116/1 CPP ; JU 81 CPP ; AE 20 CPP.

Dans ce cas aussi, les droits du plaignant sont sauvegardés : il a en général le droit de recourir contre le classement sans suite.<sup>1</sup> Dans le Jura, la Chambre d'accusation a purement et simplement décidé que le principe de l'opportunité des poursuites ne s'applique pas, s'il y a constitution de partie plaignante, même s'il s'agit d'un délit qui se poursuit d'office.<sup>2</sup> Toutefois, Vaud exclut tout recours<sup>3</sup>. Gilliéron remarque cependant qu'« il résulte des travaux préparatoires que la procédure pénale vaudoise est dominée par le principe de la légalité des poursuites et que l'exception consacrée à l'art. 53 CPP doit recevoir une application restrictive ». <sup>4</sup> Tel est bien le cas. <sup>5</sup> Notons enfin qu'un recours existe, dans le canton de Vaud, contre la décision du juge instructeur de refuser de suivre en vertu de l'article 176 CPP VD. <sup>6</sup>

## *II. La procédure civile*

**170.** Dans les cantons où les atteintes à l'honneur sont poursuivies selon les règles de la procédure civile, c'est la demande du plaignant qui saisit le juge. Celui-ci n'examine pas si les conditions légales de la poursuite et de la répression sont réalisées. Il ne se préoccupe pas non plus de savoir si une poursuite est opportune. Il s'assure seulement que les conditions de recevabilité formelle de la demande sont respectées. <sup>7</sup> Il n'y a donc pas, au sens strict défini plus haut, d'ouverture de l'action pénale et le plaignant ne court pas le risque, comme en procédure pénale ordinaire, qu'une plainte qu'il a régulièrement déposée soit écartée. Si le juge reste inactif, il s'agit d'un déni de justice, contre lequel Nidwald<sup>8</sup> et Thurgovie<sup>9</sup> ouvrent un recours cantonal.

## *III. La procédure pénale privée*

**171.** Un premier groupe de cantons connaissent une phase d'ouverture de l'action pénale, au sens où nous l'avons définie. Ainsi, à Zurich, le président du tribunal a la compétence de classer une plainte qui lui paraît d'emblée mal fondée en droit. Sträuli note que l'examen de l'acte d'accusation (ainsi s'appelle, à Zurich, la plainte de l'accusateur privé), en matière d'atteinte à l'honneur, ne tend pas seulement à vérifier si les exigences du paragraphe 309 CPP sont remplies mais il doit aussi empêcher qu'une accusation ne soit portée devant le tribunal quand raisonnablement elle ne pourrait conduire à un autre résultat que l'acquiescement.<sup>10</sup> Par exemple, on a classé une plainte portée contre un témoin, car il était évident que celui-ci, tenu de déposer, n'avait pas commis de délit. <sup>11</sup> En revanche, s'agissant de l'accusation provisoire – qui doit être portée lorsque le délit a été commis par la voie de la presse – le juge n'examinera que les conditions de recevabilité formelle. <sup>12</sup>

<sup>1</sup> GE 116/2 CPP ; NE 8 CPP ; AE 198 ch 5 (Bänziger/Stolz p. 22).

<sup>2</sup> Circulaire de la Chambre d'accusation du 5 juillet 1979.

<sup>3</sup> VD 53 CPP.

<sup>4</sup> Gilliéron p. 33.

<sup>5</sup> Clerc, RPS 63 p. 168.

<sup>6</sup> VD 296 CPP.

<sup>7</sup> AI 113/1 CPC ; NW 49/1 CPC ; OW 55 CPC ; TG 118 CPC ; UR 154 et 155 CPC.

<sup>8</sup> NW 29 CPC.

<sup>9</sup> TG 292 ch 1 CPC.

<sup>10</sup> Sträuli 313 N 4.

<sup>11</sup> ZR 35 n° 50.

<sup>12</sup> Sträuli 296 N 1.

Contre la décision de classement, l'accusateur privé jouit des mêmes voies de recours qu'en cas de non-lieu (n° 177).

A Bâle-Ville, à Zoug et aux Grisons, les lois de procédure ne mentionnent pas, en matière d'atteinte à l'honneur, de phase d'ouverture de l'action pénale. Nous verrons toutefois qu'une autorité étatique jouissant d'un certain pouvoir d'appréciation peut, au moment de la mise en accusation (lequel se confond souvent avec celui de la mise en mouvement de l'action pénale, en cas de délit contre l'honneur), écarter une plainte pour des motifs de fait ou de droit (n° 177).<sup>1</sup>

**172.** Dans les autres cantons qui connaissent la procédure pénale privée, le stade de l'ouverture de l'action pénale n'existe pas. En Argovie, il est précisé que le paragraphe 24 CPP, définissant, en procédure ordinaire, le pouvoir d'appréciation – selon les principes de la légalité et de l'opportunité des poursuites – de l'autorité chargée d'ouvrir l'action publique, ne s'applique pas en procédure pénale privée<sup>2</sup> : le président du tribunal – ou un membre de celui-ci – doit ouvrir l'instruction aussitôt qu'il a reçu la plainte.<sup>3</sup> Saint-Gall connaît la même règle.<sup>4</sup>

Nous voyons donc que, dans ces cantons, c'est l'accusateur privé qui met l'action pénale en mouvement. Sa requête ne sera écartée que pour des motifs formels.<sup>5</sup> A Bâle-Campagne, par exemple, le président du tribunal classera la plainte uniquement si le tribunal n'est pas compétent.<sup>6</sup> Selon ces systèmes procéduraux, un classement pour inopportunité, ou parce que les conditions légales de la répression feraient défaut, n'est pas possible.

**173.** Nous traiterons aux n°s 186 ss de la qualité du plaignant pour recourir au TF contre le refus de mettre l'action pénale en mouvement.

## CHAPITRE 3 LA MISE EN ACCUSATION

### *Section première La participation du plaignant à la mise en accusation*

#### *I. La procédure pénale ordinaire*

**174.** La *mise en accusation* est la décision, prise par un organe de l'Etat jouissant d'un certain pouvoir d'appréciation, de saisir le tribunal. C'est une étape importante du procès pénal ordinaire. La décision de non-lieu, émanant de l'autorité chargée de la mise en accusation, sera, le cas échéant, soit « fondée en droit » (fait justificatif, irresponsabilité, prescription, chose jugée, etc.), soit prise « faute de charges suffisantes ». Genève et Appenzell Rhodes-Extérieures prévoient en outre la

<sup>1</sup> Cf. BJM 1975 53.

<sup>2</sup> AG 24/3 CPP.

<sup>3</sup> AG 186 CPP.

<sup>4</sup> SG 275/1 CPP.

<sup>5</sup> SH 77 LiCP.

<sup>6</sup> BL 186 CPP.

possibilité de prononcer un non-lieu pour des motifs d'opportunité.<sup>1</sup> Dans tous ces cas, le plaignant peut en principe recourir. En Appenzell Rhodes-Extérieures, il s'adressera au procureur de l'Etat pour contester la décision de l'office d'instruction.<sup>2</sup> Il agira de même à Lucerne<sup>3</sup>, mais le procureur y a la seule compétence d'admettre le bien-fondé du recours ; le rejet doit être prononcé par la « Commission criminelle ».<sup>4</sup> Ailleurs, le recours contre le non-lieu est interjeté auprès de la Chambre d'accusation<sup>5</sup>, à la « camera di ricorsi »<sup>6</sup>, au Tribunal d'accusation<sup>7</sup>, au Tribunal d'arrondissement<sup>8</sup>. A Soleure, la décision de non-lieu est prise, le cas échéant, par le tribunal lui-même, après que le juge d'instruction a fait une proposition à ce sujet ; le plaignant peut recourir au Tribunal cantonal contre cette décision<sup>9</sup> ; mais indépendamment de cette procédure, le Ministère public peut se désintéresser de l'affaire ; le plaignant a alors le droit d'agir seul.<sup>10</sup>

**175.** Fribourg présente cependant une exception. La victime de l'infraction n'y a pas « sujet de se plaindre » au sens de l'article 29 CPP. Elle n'a pas qualité pour recourir contre une décision de non-lieu.<sup>11</sup> La Chambre d'accusation a précisé que le recours contre le non-lieu doit être bien distingué du recours contre le refus de suivre, selon l'article 16/2 CPP FR.<sup>12</sup> Elle exclut donc l'application analogique de l'article 16/2 CPP FR. Il est cependant possible que la Chambre d'accusation se saisisse d'office d'un dossier dont elle a connaissance, en vertu de son pouvoir de haute surveillance de l'instruction. Il faut alors que le « crime soit grave » : elle n'interviendra donc pas en matière d'atteinte à l'honneur.<sup>13</sup>

Enfin, le plaignant possède parfois, en cas de non-lieu, non seulement le droit de recourir, mais celui de porter lui-même la cause devant le tribunal. C'est une action pénale privée subsidiaire.<sup>14</sup> Le Tribunal cantonal lucernois a toutefois précisé que ce droit disparaît quand l'auteur est inconnu, car il n'y a pas de procédure principale, sans prévenu déterminé.<sup>15</sup>

## *II. La procédure civile*

**176.** En procédure civile, le stade de la mise en accusation – au sens où nous l'avons défini (n° 174) – n'existe pas. Une décision de non-lieu ne peut donc intervenir. Si l'affaire est abandonnée indûment par le juge (dénî de justice), certains cantons ouvrent expressément des voies de recours (n° 170).

<sup>1</sup> GE 198 CPP ; AE 153/2 CPP.

<sup>2</sup> AE 198 ch 6 et 204 ch 1 CPP.

<sup>3</sup> LU 137 ch 1 CPP.

<sup>4</sup> LU 138 CPP.

<sup>5</sup> NE 177/2 CPP ; BE 187/1 CPP ; JU 192/1 CPP ; GE 190/2 CPP.

<sup>6</sup> TI 70 et 71 CPP.

<sup>7</sup> VD 294 litt e CPP.

<sup>8</sup> VS 112/1 litt b et 176/1 CPP.

<sup>9</sup> SO 98 et 99 CPP.

<sup>10</sup> SO 14 CPP.

<sup>11</sup> Extr. FR 1957 p. 169 ss.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Cf. en outre n° 196 (recours contre le jugement).

<sup>14</sup> LU 137 ch 2 CPP ; TI 68 et 70 CPP.

<sup>15</sup> OG LU 1971 n° 46.

### III. La procédure pénale privée

La question de la mise en accusation fait l'objet, selon les cantons, de deux réglementations différentes en procédure pénale privée.

177. Un premier système s'apparente, voire renvoie à la procédure ordinaire : un organe de l'Etat décide du sort de la poursuite.

Ainsi à Zurich, lorsque le délit est commis par la voie de la presse, le juge d'instruction fixe à l'accusateur privé, après l'instruction, un délai pour porter une accusation définitive contre une personne déterminée.<sup>1</sup> Si ce délai n'est pas respecté, l'accusation – qui était jusqu'alors provisoire – tombe. Quand l'accusation définitive est portée, le juge donne à l'inculpé la possibilité de choisir d'être jugé par la Cour d'assises plutôt que par le tribunal de district.<sup>2</sup> C'est alors soit le président du tribunal lui-même (si le tribunal de district est compétent), soit la Chambre d'accusation (si le prévenu a opté pour la Cour d'assises) qui fonctionne comme autorité de renvoi.<sup>3</sup> En cas de décision de non-lieu, le plaignant peut recourir.<sup>4</sup>

Si l'atteinte à l'honneur n'a pas été commise par la voie de la presse, l'inculpé n'a pas alors la possibilité de choisir d'être jugé par la Cour d'assises. L'autorité de renvoi sera donc le président du tribunal. Une voie de recours est ouverte à l'accusateur privé, en cas de non-lieu.<sup>5</sup>

Les Grisons connaissent aussi une phase de mise en accusation. La décision de non-lieu est prise, le cas échéant, par le président du tribunal.<sup>6</sup> Le plaignant peut recourir à la commission de recours du Tribunal cantonal.<sup>7</sup> A Zoug également existe une mise en accusation<sup>8</sup> et un droit de recours du lésé.<sup>9</sup> La Commission de justice a expressément relevé que le président du tribunal peut, en tant que juge d'instruction en matière d'atteinte à l'honneur, prononcer un non-lieu. Le silence de la loi à ce sujet doit être interprété comme un renvoi à la procédure ordinaire. On veut ainsi éviter, explique l'autorité de recours zougnoise, que, même en procédure pénale privée, des procès sans aucune chance de succès soient introduits.<sup>10</sup> Bâle-Ville enfin a adopté une procédure identique.<sup>11</sup>

Parmi les quatre cantons qui ont gardé, en procédure pénale privée, un stade de mise en accusation, on trouve cependant des causes spécifiques de non-lieu. Ainsi, à Bâle-Ville, les motifs de non-lieu sont énumérés : défaut de qualité du plaignant privé, incompétence du juge, impossibilité de poursuivre et inexécution de l'avance de frais par le plaignant.<sup>12</sup> En outre, le non-lieu faute de charges suffisantes (wegen unzureichenden Verdachtes) ne peut être prononcé que si la plainte n'est pas dirigée contre une personne déterminée et que l'enquête est restée infructueuse.<sup>13</sup> Toutefois, la jurisprudence a précisé qu'en dépit de la lettre du paragraphe 202/1 CPP, un non-lieu fondé en droit peut intervenir. Il serait en effet absurde que

<sup>1</sup> ZH 303 CPP.

<sup>2</sup> ZH 304 et 294 CPP.

<sup>3</sup> ZH 305 et 165 CPP ; cf. en outre ZR 1960 n° 82.

<sup>4</sup> ZH 169, 395 et 402 ch 4 CPP.

<sup>5</sup> ZH 169, 395 et 402 ch 4 CPP.

<sup>6</sup> GR 165/3 CPP ; PKG 1962 p. 157.

<sup>7</sup> GR 168/3 CPP ; mais il ne peut pas appeler au sens de 141/1 CPP ; PKG 1977 p. 193.

<sup>8</sup> ZG 67 CPP.

<sup>9</sup> ZG 80 et 81 CPP.

<sup>10</sup> Rech. ZG 1951/52 p. 85 ; 1943/44 p. 77.

<sup>11</sup> BS 202/3 CPP.

<sup>12</sup> BS 202/1 CPP.

<sup>13</sup> BS 202/2 CPP.

l'accusateur privé puisse engager une procédure dont on est pratiquement certain qu'elle conduira à l'acquiescement. <sup>1</sup> A Zoug, la Commission de justice a relevé que le non-lieu ne peut être prononcé que lorsque les conditions de l'article 173 chiffre 1 CPS ne sont pas remplies : il doit être évident que l'inculpé n'a pas accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur. En revanche, seul le juge du fond est compétent pour décider si l'inculpé peut être admis à faire la preuve de la vérité et si cette preuve a bel et bien été administrée. <sup>2</sup>

A Zurich cependant, les motifs de non-lieu en cas d'atteinte à l'honneur sont identiques à ceux de la procédure pénale ordinaire : l'autorité de renvoi doit examiner si la conduite du prévenu constitue vraisemblablement un acte délictueux. <sup>3</sup> La jurisprudence a clairement précisé que le paragraphe 166 CPP – qui mentionne les motifs de non-lieu en procédure ordinaire – s'applique aussi en procédure pénale privée, en vertu du paragraphe 286 CPP. Ainsi, on a décidé de ne pas renvoyer devant le tribunal celui à qui on reprochait de ne pas avoir mentionné, dans un avis mortuaire, le nom d'un parent. <sup>4</sup>

178. Bâle-Campagne, Saint-Gall, Schaffhouse et Argovie ont érigé un système voisin de la procédure civile : il n'y a pas de mise en accusation au sens où nous l'avons définie (n° 174). C'est le plaignant, et lui seul, qui décide de la continuation de la poursuite. A Saint-Gall et à Bâle-Campagne, aussitôt qu'il considère l'instruction comme terminée, le juge renvoie au tribunal. <sup>5</sup> A ce stade de la procédure, à Bâle-Campagne, le président du tribunal peut rendre un jugement provisoire, sur pièces, si le cas est de peu de gravité. Cette décision passe en force si, dans les dix jours, aucune partie ne demande le renvoi devant le tribunal. <sup>6</sup> A Schaffhouse, le juge statue sur sa compétence selon des critères purement formels <sup>7</sup> (de plus, puisque c'est le Ministère public qui prononce le non-lieu <sup>8</sup>, celui-ci est exclu en procédure pénale privée). Enfin, Argovie admet certes une « Einstellung » <sup>9</sup>, mais en cas d'infraction contre l'honneur, le juge ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le procureur général décidant du non-lieu en procédure pénale ordinaire : les seuls motifs d'« Einstellung » <sup>10</sup>, en procédure pénale privée, sont l'absence de procès-verbal de non-conciliation et le retrait de la plainte. <sup>11</sup> En procédure ordinaire, en revanche, un non-lieu peut être décidé pour des motifs juridiques, faute de charges et même pour des motifs d'opportunité. <sup>12</sup>

178 bis. Nous traiterons aux n°s 186 ss de la qualité du plaignant pour recourir au TF contre le refus de saisir le tribunal.

<sup>1</sup> BJM 1975 p. 53.

<sup>2</sup> Rech. ZG 1967/68 p. 59.

<sup>3</sup> Straüli 305 N 1.

<sup>4</sup> ZR 59 n° 82.

<sup>5</sup> SG 282/3 CPP; BL 192 CPP.

<sup>6</sup> BL 192/2 CPP.

<sup>7</sup> SH 77 LiCP.

<sup>8</sup> SH 168/2 CPP.

<sup>9</sup> AG 187 CPP.

<sup>10</sup> « Einstellung » possède d'ailleurs un sens moins technique que « non-lieu ». Cela signifie aussi « suspension » ou « classement ».

<sup>11</sup> AG 187 CPP.

<sup>12</sup> AG 136 CPP.

## Section 2 Problèmes particuliers à la procédure pénale privée

### I. Le droit de retirer l'accusation privée après le jugement de première instance

L'article 31 CPS interdit que la plainte soit retirée après le jugement de première instance. Dès lors, se pose la question suivante : l'accusateur privé, qui est plus qu'un simple plaignant, est-il tenu par cette disposition ou peut-il retirer son accusation en instance de recours ? A Bâle-Ville, alors que le code est muet à ce sujet, on a accordé ce droit à l'accusateur privé.<sup>1</sup> A Zurich, le paragraphe 290/1 CPP ZH autorise le retrait de l'accusation jusqu'en deuxième instance. La controverse concerne surtout cette norme.

#### a) La jurisprudence

**179.** Le Tribunal supérieur zuricois a estimé que le paragraphe 290/1 CPP ZH est compatible avec l'article 31 CPS.<sup>2</sup> Quant au TF, il n'a pas pris clairement position. Contrairement à ce que prétend Wieland<sup>3</sup>, l'arrêt 79 IV 100 ne résout pas le problème.

#### b) La doctrine dominante

**180.** Selon la doctrine dominante<sup>4</sup>, le paragraphe 290/1 CPP ZH est contraire à l'article 31 CPS.

Pfenninger – qui préconise *de lege ferenda* d'interdire purement et simplement tout retrait de plainte<sup>5</sup> – constate qu'en principe le monopole de la poursuite pénale appartient à l'Etat et que celle-ci ne doit pas être interrompue. Le droit de retirer une plainte constitue donc une exception à cette règle générale. Or, les limites apportées par l'article 31 CPS à la possibilité de retirer une plainte équivalent à un retour au principe de base. D'où Pfenninger conclut qu'une interprétation restrictive de l'article 31 CPS ne se justifie pas.<sup>6</sup> Il relève aussi qu'en République fédérale d'Allemagne, le même problème a été résolu dans le sens qu'il préconise.

#### c) La doctrine dissidente

**181.** Farbstein<sup>7</sup>, Huber<sup>8</sup>, Ludwig<sup>9</sup> et Schneider<sup>10</sup> sont d'avis que le paragraphe 290/1 CPP ZH est valable malgré l'article 31 CPS. Schneider préconise même – malgré l'article 31/2 CPS – la possibilité d'un retrait temporaire de l'accusation.<sup>11</sup>

<sup>1</sup> Ludwig, RPS 62 p. 273.

<sup>2</sup> RSJ 59 p. 69.

<sup>3</sup> Wieland p. 8.

<sup>4</sup> Pfenninger, RSJ 40 p. 245 ; Kehrl, RSJ 40 p. 99 ; Hafter, gén. p. 141 N 5 ; Hauser/Hauser p. 318 ss ; Münch, RSJ 45 p. 49 ; Wieland p. 7 ; Moser p. 160.

<sup>5</sup> Pfenninger, RSJ 40 p. 250.

<sup>6</sup> Pfenninger, RSJ 40 p. 247.

<sup>7</sup> Farbstein, RSJ 39 p. 351.

<sup>8</sup> Huber p. 122.

<sup>9</sup> Ludwig, RPS 62 p. 277 ss.

<sup>10</sup> Schneider p. 239.

<sup>11</sup> Schneider p. 241.

Pour ces auteurs, il importe de distinguer entre droit formel et droit matériel. L'action pénale privée est une institution de procédure qui ressortit entièrement à la compétence des cantons.<sup>1</sup> Ils peuvent donc prévoir le droit de retirer l'accusation à n'importe quel moment, sans égard au fait que l'accusateur soit public ou privé. La doctrine dissidente reconnaît qu'il y a une contradiction entre le paragraphe 290/1 CPP ZH et l'article 31 CPS. Elle tranche cependant en faveur de la règle cantonale pour les raisons suivantes.

D'abord, selon Huber<sup>2</sup>, une telle solution s'impose parce que les dispositions sur l'action pénale privée sont des normes spéciales par rapport aux articles 28 ss CPS ; à notre avis, l'adage *specialia generalibus derogant* est sans intérêt dans cette espèce (n° 182). Ensuite, on relève que l'article 31 CPS et le paragraphe 290/1 CPP ZH règlent deux points de procédure. Puisque ces deux normes s'opposent et que les cantons possèdent la compétence primaire en matière de procédure, on en déduit, contrairement au principe que le droit fédéral prime le droit cantonal, que la règle cantonale doit s'imposer. Ainsi, écrit Ludwig, si la plainte pénale était une notion de droit matériel, une condition de punissabilité – et non pas, comme l'a arrêté le TF<sup>3</sup>, une condition de la poursuite ressortissant au droit de procédure –, on devrait alors admettre que les articles 28 ss CPS lient le législateur cantonal en matière d'action pénale privée. Tel n'est pas le cas.<sup>4</sup>

182. L'argumentation de la doctrine dissidente est à notre avis mal fondée. Peu importe la nature (droit formel ou droit matériel) de la règle fédérale : dès qu'une disposition cantonale viole une norme fédérale, ou la dépouille de ses effets, la prescription cantonale doit s'effacer. Ce principe, énoncé à l'art. 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale, vaut même si la loi fédérale touche indûment à une question de procédure, même si elle est inconstitutionnelle. Or, au cas particulier, comme l'admet Farbstein<sup>5</sup>, le retrait de l'accusation privée entraîne celui de la plainte, réglementée aux articles 28 ss CPS. En admettant d'abord qu'il existe un conflit entre le droit fédéral et le droit cantonal, puis en tranchant en faveur du droit cantonal, la doctrine dissidente pêche deux fois. Premièrement, si ce conflit existait, il faudrait appliquer exclusivement la loi fédérale – quelles que soient sa nature et sa constitutionnalité – en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Deuxièmement, ce conflit est sans intérêt. L'argument déterminant est d'un autre ordre et est tiré du Code pénal lui-même, lequel accorde d'une part la liberté aux cantons de prévoir et de réglementer l'action pénale privée et d'autre part, restreint cette autonomie à l'article 31 CPS. Le conflit fondamental est donc celui qui oppose l'article 365 CPS aux articles 28 ss CPS, et la question à résoudre est la suivante : les articles 28 ss CPS sont-ils destinés à limiter la portée de l'article 365 CPS, concernant la procédure pénale privée, ou s'agit-il d'une *lacune logique* de la loi ?

Les articles 28 ss CPS entraveraient la liberté des cantons de prescrire une action pénale privée s'ils représentaient des dispositions spéciales par rapport aux normes sur la procédure pénale privée. Or tel n'est pas le cas. Le brocard *specialia generalibus derogant* est inapplicable car les deux sortes de règles n'ont pas le même objet :

– le plaignant se détermine uniquement sur la décision de poursuivre et s'en remet, pour le surplus, aux organes de l'Etat ; l'accusateur privé participe activement à la procédure ; sa collaboration est même nécessaire ;

<sup>1</sup> Farbstein, RSJ 39 p. 351.

<sup>2</sup> Huber p. 117.

<sup>3</sup> 69 IV 74.

<sup>4</sup> Ludwig, RPS 62 p. 278.

<sup>5</sup> Farbstein, RSJ 39 p. 351.

- le droit fédéral distingue lui-même entre plaignant et accusateur privé<sup>1</sup> ;
- enfin, avant l'entrée en vigueur du Code pénal, plusieurs législations, qui connaissaient et la plainte et l'action pénale privée, ont distingué nettement les deux institutions.<sup>2</sup>

Il n'y a donc pas spécialité, mais incompatibilité entre les articles 28 ss et l'article 365 CPS. L'article 31 CPS, relatif à la plainte, est contraire au principe de droit fédéral posé à l'article 365 CPS. Il s'agit là d'une lacune logique de la loi. Nous concluons donc, avec la doctrine dissidente – mais pour des motifs différents – que l'article 31 CPS ne s'applique pas à la procédure pénale privée.

Cette solution s'impose aussi pour des raisons pratiques. Alors que l'action incombe à l'accusateur privé, il est absurde de l'empêcher de retirer sa plainte quand il le désire et de le contraindre ainsi à poursuivre contre sa volonté.<sup>3</sup> On l'incite, de la sorte, à mener un procès sans intérêt. Citons à ce sujet la curieuse pratique bernoise contre laquelle Pfenninger s'élève vigoureusement<sup>4</sup> et qui consiste à laisser se prescrire une affaire si une conciliation peut être obtenue devant le tribunal de deuxième instance !

## *II. Le droit de limiter l'accusation à certains des participants à l'infraction*

L'accusateur privé a-t-il le droit de limiter sa poursuite à certains seulement des participants à l'infraction ou est-il tenu par la règle de l'indivisibilité de la plainte (art. 30 CPS)? De même, peut-il retirer son accusation à l'égard de quelques-uns seulement des prévenus, alors que « le retrait de la plainte à l'égard d'un des inculpés profitera à tous les autres » (art. 31/3 CPS) ?

### a) La doctrine

**183.** La doctrine dominante<sup>5</sup> estime que les articles 30 et 31/3 CPS sont applicables même à la procédure pénale privée. En revanche, Huber<sup>6</sup> et Hartmann<sup>7</sup> sont d'avis que le principe de l'indivisibilité de la plainte est sans effet sur l'action pénale privée.

### b) La jurisprudence

**184.** La jurisprudence cantonale suit en principe la doctrine dominante et interdit qu'une action pénale ne soit limitée à certains participants.<sup>8</sup>

Quant à la jurisprudence fédérale, elle est assez fluctuante. Le TF a d'abord jugé

<sup>1</sup> Art. 270 PPF.

<sup>2</sup> Cf. en outre Huber, p. 115 et 116, ainsi que Ludwig, RPS 62 p. 277 ss, qui montrent que les dispositions sur la plainte n'ont pas le même objet que celles qui concernent l'action pénale privée ; cf. aussi 97 IV 3 où il est nettement distingué entre l'activité du plaignant et celle de l'accusateur.

<sup>3</sup> Cf. Schneider p. 240.

<sup>4</sup> Pfenninger, RSJ 40 p. 250.

<sup>5</sup> Hauser, Kurz. p. 224 ; Mahnig, RSJ 57 p. 17 ss ; Frank, RSJ 59 p. 68 ; Seiler, RSJ 49 p. 300 ; Schwander n° 421a ; Schultz, RSJB 98 p. 102.

<sup>6</sup> Huber p. 127.

<sup>7</sup> Hartmann, Kriminalistik 1970 p. 520.

<sup>8</sup> ZH: ZR 70 n° 138; RSJ 57 p. 292 et p. 337; AG: AGVE 1961 136; BL: BMJ 1965 p. 106.

que l'accusation, même privée, ne saurait être divisée. Il n'admettait qu'une seule exception : « ... lorsqu'il y a de sérieux indices que l'inculpé contre lequel la plainte a été retirée n'a en réalité pas participé au délit et que le plaignant fonde son retrait sur cette considération. Dans ces conditions, il apparaîtrait comme choquant que le plaignant, uniquement en vue de ne pas perdre son droit à faire poursuivre les autres participants, soit obligé de maintenir sa plainte contre une personne qu'il a de bonnes raisons de considérer comme innocente. »<sup>1</sup>

A une autre occasion, après avoir laissé la question ouverte<sup>2</sup>, le TF a précisé : « Le simple fait de ne pas introduire contre les « autres participants » l'action pénale privée exigée par le droit cantonal ne saurait être interprété comme manifestant la volonté de retirer une plainte valablement déposée en droit fédéral ». <sup>3</sup> Cette règle vaut quand l'accusateur privé n'est pas tenu par un délai pour ouvrir action contre les autres inculpés. Il peut en effet avoir des motifs – et il a un droit – à différer l'accusation contre les autres participants. Le TF ne tranche toutefois pas la question de savoir si une longue inaction peut être considérée comme un retrait de plainte. <sup>4</sup>

Dans un autre arrêt, le TF distingue nettement entre l'activité du plaignant et celle de l'accusateur. Pour établir, explique-t-il en substance, si une plainte satisfait au principe de l'indivisibilité, il faut prendre en considération la seule manifestation de volonté du plaignant. Si, par exemple, le juge d'instruction omet, même à tort, de poursuivre tous les participants, la plainte reste valable à l'égard de celui qui est poursuivi<sup>5</sup>. A notre avis, cette distinction, appliquée à la procédure pénale privée, implique que le principe de l'indivisibilité de la plainte ne lie pas l'accusateur privé.

**185.** Nous pensons que les articles 30 et 31/3 CPS n'empêchent pas l'accusateur privé de diviser son action. Nous nous fondons sur les motifs évoqués au n° 182.

## CHAPITRE 4 LA QUALITÉ DU PLAIGNANT POUR FORMER RECOURS DE DROIT PUBLIC AU TRIBUNAL FÉDÉRAL

### *Section première Procédures comprenant une phase d'ouverture de l'action pénale et une phase de mise en accusation*

Nous avons vu que le plaignant participe à la mise en mouvement de l'action pénale et à la mise en accusation : quand un organe de l'État décide de ne pas mettre la procédure en branle (classement) ou de ne pas saisir le tribunal (non-lieu), le plaignant peut recourir auprès d'une autorité cantonale. Possède-t-il en outre la qualité pour former recours de droit public au TF ?

<sup>1</sup> JT 1955 IV 40 = 80 IV 213.

<sup>2</sup> 86 IV 148 et RSJ 57 p. 339.

<sup>3</sup> JT 1963 IV 68 = 89 IV 59.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> 97 IV 3.

## 1. La jurisprudence

**186.** Selon l'article 88 OJ, une des conditions de cette qualité est le fait d'être victime d'une « *Rechtsverletzung* ». <sup>1</sup> Il faut, en d'autres termes, que le recourant se prévale non seulement d'un simple intérêt de fait, mais d'un intérêt juridiquement protégé.

D'après le TF, le plaignant ne possède pas cet intérêt pour attaquer la décision de non-lieu ou de classement : « Le droit de punir, qui est en cause dans une procédure pénale, appartient exclusivement à l'Etat. L'intérêt du lésé, en raison duquel les cantons accordent à ce dernier la possibilité d'exercer une influence plus ou moins grande sur le cours de la procédure pénale, apparaît comme un intérêt tout à fait indirect. La poursuite de la procédure jusqu'au jugement lui facilite avant tout la poursuite de ses intérêts privés, soit qu'il prenne des conclusions civiles au procès pénal, soit que dans un procès civil indépendant, il se fonde sur les faits retenus dans le procès pénal. L'intérêt du lésé à ce que la poursuite de ses prétentions privées soit facilitée, comme son intérêt à une juste punition de l'auteur, sont de purs intérêts de fait et non pas des intérêts ayant une importance juridique ou des « droits » à la sauvegarde desquels la voie du recours de droit public serait ouverte. » <sup>2</sup>

Le plaignant ne peut donc former recours de droit public contre un classement ou un non-lieu. <sup>3</sup>

Le TF a toutefois nuancé son point de vue. Il a d'abord admis, contrairement à l'arrêt 74 I 68, qu'une partie n'ayant pas qualité pour recourir au fond possède néanmoins le droit de se plaindre de la violation de ses droits de procédure, si ceux-ci découlent directement de l'article 4 Cst. féd. <sup>4</sup> Ensuite, il s'est montré encore moins restrictif, en n'exigeant plus que le droit invoqué par le recourant découle directement de l'article 4 Cst. féd. Dès lors, le plaignant, bien qu'il n'ait pas qualité pour contester une décision de fond, a pu se plaindre non pas de « n'importe quelle irrégularité de procédure », mais de la transgression « des droits que la législation cantonale lui accorde en raison de sa position de partie à la procédure et dont la violation reviendrait pratiquement à un déni de justice formel ». <sup>5</sup>

**187.** Forts de cette jurisprudence, des lésés ont soutenu que le classement d'une plainte effectué en contradiction claire et manifeste du code de procédure pénale et même du droit pénal matériel est une violation du droit d'être entendu et donc un déni de justice formel ; le TF leur a reconnu la qualité pour recourir. <sup>6</sup> Or cette dernière extension de l'admission à former recours est lourde de conséquences : le plaignant qui prétend que les conditions légales (formelles ou matérielles) du classement ou du non-lieu font défaut, et donc que ses droits de partie ont été violés, oblige en fait le TF à se prononcer sur le bien-fondé même du classement ou du non-lieu. En alléguant que son droit d'être entendu n'est pas respecté, le lésé obtient la qualité pour recourir au fond.

Dès lors, le TF a revu sa position : « Le TF ne peut être requis par la voie d'un recours de droit public, d'examiner si c'est pour des motifs soutenables que

<sup>1</sup> Cf. art. 88 OJ, note au bas de la page, RS 173.110.

<sup>2</sup> JT 1972 I 199 ss = 96 I 600; cf. aussi 69 I 18 ss; 70 I 78 ss; 72 I 292 ss; 94 I 552 ss; 99 Ia 104 ss; 104 Ia 156 ss.

<sup>3</sup> Cf. arrêts précités; notons que la qualité lui a été reconnue jusqu'en 1943; ATF 21 p. 930; 33 I 762; 47 I 454.

<sup>4</sup> 90 I 66; 91 I 91; 92 I 15.

<sup>5</sup> JT 1969 I 310 = 94 I 555; cf. aussi 96 I 598, 99 Ia 104 et 104 Ia 156.

<sup>6</sup> 97 I 109 ss; 97 I 772 ss.

l'autorité cantonale a, dans un cas d'espèce, refusé d'ouvrir ou de poursuivre une procédure pénale. (...) Le dénonciateur et le lésé n'ont pas cette qualité (réd. : pour recourir au fond) ; bien au contraire, ils ne peuvent se plaindre, par la voie du recours de droit public, que d'un déni de justice formel, c'est-à-dire de la violation des prescriptions de procédure qui leur accordent certains « droits de partie ». Ils ne peuvent dès lors se plaindre que de vices de procédure bien déterminés, non pas de ce que la motivation d'une décision – rendue à la suite d'une procédure conforme aux prescriptions – refusant de donner suite à une plainte ou suspendant une procédure pénale violerait l'art. 4 Cst. Dans la mesure où les arrêts publiés au RO 97 I 109 ss et 772 ss vont plus loin, on ne saurait s'y tenir. »<sup>1</sup>

## II. Critique de cette jurisprudence

La jurisprudence du TF, en cette matière, est contestable à deux points de vue : elle est, à notre avis, mal fondée en général et, surtout, elle ne devrait pas s'appliquer en cas d'atteinte à l'honneur.

**188.** Elle est mal fondée en général. Elle est basée en effet sur une distinction critiquable : selon le TF, le lésé n'a pas d'intérêt juridiquement protégé quant à la décision de fond, mais il a seulement intérêt à ce que la procédure se déroule régulièrement. Par exemple, le lésé peut se plaindre de ce qu'on ne lui a pas donné l'occasion de faire des propositions de preuves, mais il ne peut pas se plaindre du fait que ses offres de preuve ont été écartées.<sup>2</sup> Le TF veut en fait assurer la régularité de la procédure, sans s'intéresser à son résultat.

Cette distinction nous paraît artificielle. Les droits reconnus au plaignant en procédure pénale – comme ceux du prévenu – ne sont pas des fins en soi : ils ne sont que les instruments d'un intérêt supérieur, l'intérêt que leur titulaire possède quant au résultat final de la procédure. Les « droits de partie » (requérir des preuves, consulter le dossier, récuser un juge, etc.) tendent tous au même but : garantir à leur titulaire que la décision finale sera justifiée. En d'autres termes, le « droit de partie » le plus important, pour le plaignant, consiste en la garantie qu'un classement ou un non-lieu est bien-fondé (et non seulement en la garantie que la procédure qui y conduit est régulière). Or, ce droit est précisément le seul que le TF ne protège pas en ce domaine ! Ainsi, le « dérapage » que représentaient les arrêts 97 I 109 ss et 772 ss était logique et nécessaire. On ne peut que regretter que le TF n'ait pas confirmé cette jurisprudence.

**189.** La position du TF est ensuite particulièrement discutable en matière d'atteinte à l'honneur.

La jurisprudence du TF, qui dénie l'existence d'un intérêt juridiquement protégé du plaignant, concerne sans distinction toutes les infractions, donc les délits contre l'honneur et la considération ; le TF l'a d'ailleurs précisé.<sup>3</sup>

A notre avis, la victime d'une atteinte à la considération peut se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé pour recourir contre une décision de non-lieu ou de classement, indépendamment de l'opinion émise ci-dessus (n° 188).

Selon le TF, l'intérêt du plaignant, dans la procédure pénale, est double : c'est, d'une part, l'avantage que peut représenter le jugement pénal quant à la défense de

<sup>1</sup> JT 1975 I 498 = 99 Ia 109.

<sup>2</sup> 94 I 555.

<sup>3</sup> 97 I 772.

prétentions civiles<sup>1</sup> et, d'autre part, la satisfaction de voir l'auteur puni.<sup>2</sup> Mais d'après le TF, ce sont là de simples intérêts de fait, « sans importance juridique ». Le droit de punir n'appartient qu'à l'Etat.<sup>3</sup>

Ce raisonnement ne devrait pas, à notre avis, s'appliquer aux délits contre la considération. L'atteinte à la considération est réalisée par l'imputation faite à quelqu'un d'avoir violé un devoir moral. Il importe donc, pour la victime, qu'on atteste officiellement que cette assertion n'est pas justifiée.

Telle est la première fonction de l'action pénale intentée pour violation des articles 173 et 174 CPS. La condamnation signifie que la victime de l'atteinte ne mérite pas le reproche d'avoir violé ses obligations.

Le jugement condamnatore apparaît comme un *moyen de rétablir la considération de la victime*. La déclaration de culpabilité, la mesure de la peine (n° 197), la constatation de la fausseté des allégations ou de la rétractation de l'inculpé (art. 173 ch. 5 CPS) et parfois la publication du jugement (art. 61 CPS) intéressent directement le plaignant : elles lui restituent la considération perdue. Cette fonction réparatrice de l'action pénale est particulière aux délits contre la considération. La peine infligée au voleur ne restitue pas l'objet dérobé au lésé. La victime de lésions corporelles ne retrouve pas la santé grâce à la condamnation de son agresseur. La sanction prononcée contre le violeur ne ressuscite ni la liberté, ni l'honneur sexuel de sa victime.<sup>4</sup> Dans tous ces cas, le lésé ne peut pas se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé pour réclamer la condamnation du coupable, car celle-ci ne lui rend pas le bien dont on l'a privé. Tout est différent en matière d'atteinte à la considération : la peine ressuscite directement et effectivement (il ne s'agit ni d'une fiction, ni d'un simple dédommagement) le bien visé aux articles 173 et 174 CPS, à savoir la considération de la victime.

D'ailleurs, le Code pénal tient compte de la fonction réparatrice de la condamnation en vertu des articles 173 et 174 CPS. Le juge peut atténuer la peine, voire exempter le délinquant de toute peine, si ce dernier reconnaît la fausseté de ses allégations et les rétracte (art. 173 ch. 4 CPS). Ceci prouve que la condamnation sert à restituer sa considération à la victime : si la considération peut être rétablie d'une autre manière (par le *mea culpa* et la rétractation de l'auteur), la punition n'est plus indispensable, ou, du moins, ne mérite plus d'être aussi sévère. Ainsi, note Logoz : « Cette disposition rend en effet possible la meilleure réparation que puisse souhaiter la victime, en matière de calomnie aussi bien que de diffamation. »<sup>5</sup> Quant à Stooss, il écrivait : « La partie lésée ne doit (...) pas être privée de la satisfaction que le jugement lui aurait accordée; aussi, le juge doit-il lui donner acte de la rétractation intervenue. »<sup>6</sup> L'article 287 CPC d'Uri met particulièrement en lumière le caractère réparatoire de la condamnation en cas de délit contre l'honneur : le jugement doit contenir une « Satisfaktionserteilung » afin d'effacer l'atteinte à l'honneur et de sauvegarder l'honneur de la victime.<sup>7</sup> Cet article prévoit

<sup>1</sup> Cf., à ce sujet, Auben (n° 1683) qui juge la jurisprudence du TF insatisfaisante.

<sup>2</sup> 96 I 600 ; 99 Ia 107.

<sup>3</sup> 70 I 79 ; 69 I 20 ; 94 I 554 ; 99 Ia 107.

<sup>4</sup> On pourrait se demander si la personne violée n'a pas un intérêt juridiquement protégé à exiger la punition du délinquant, dans la mesure où le viol protège une facette de l'honneur. Or, ce n'est pas la considération sexuelle, mais l'honneur sexuel, au sens normatif, qui est protégé aux articles 187 ss CPS. Nous verrons que l'honneur au sens normatif ne peut pas être rétabli (n° 190).

<sup>5</sup> Logoz, Bull. stén. CN 1929 p. 155.

<sup>6</sup> Stooss, Motifs p. 322.

<sup>7</sup> Cette formulation figurait en outre dans plusieurs lois pénales cantonales avant l'entrée en vigueur du Code pénal suisse (cf. Gerwig p. 82).

en outre la possibilité de publier le jugement. Enfin, les représentants du Conseil fédéral devant la Commission européenne des droits de l'homme, dans l'une des affaires Minelli, ont relevé que les procès pénaux relatifs à l'honneur ont les traits de procès civils.<sup>1</sup>

190. Nous concluons donc que la victime d'une atteinte à la considération possède un intérêt juridiquement protégé à demander la condamnation du délinquant. Cette punition lui restituera en effet le bien juridiquement protégé, ce qui n'est pas le cas s'agissant des autres infractions du Code pénal. Il faut souligner que le rétablissement de la considération est possible parce que celle-ci est un bien immatériel, une opinion, une appréciation (n° 8). La répression modifie directement l'idée qu'autrui se fait de la valeur de la victime du délit. En revanche, l'honneur défini comme un concept normatif (n° 9) ne peut pas être restitué : il ne dépend de l'opinion de personne. En d'autres termes, le plaignant a un intérêt juridiquement protégé pour former recours de droit public en cas de diffamation ou de calomnie, mais non pas en cas d'injure. Notons toutefois que le TF estime que ce n'est pas l'honneur au sens normatif qui est protégé à l'article 177 CPS, mais le sentiment de l'honneur (n° 23). Ce point de vue – que nous contestons (nos 20-23) – implique que le plaignant a un intérêt juridiquement protégé à recourir en cas d'injure, car la condamnation du coupable modifiera l'appréciation que le lésé a de sa propre valeur. Cet intérêt tombe s'il s'agit d'une injure formelle.

On peut trouver surprenant de soutenir que la condamnation pénale sert non seulement à réparer un dommage, mais encore à rétablir un état de fait antérieur au délit. N'est-ce pas là la tâche exclusive du droit civil ? Ne vaudrait-il pas mieux éliminer du droit pénal tout élément tendant en fait à assouvir l'instinct de représailles du lésé ?

Il est vrai que la vengeance est un vil sentiment. Il existe pourtant et le Code pénal en tient compte. Clerc en a fait la démonstration.<sup>2</sup> Il constatait que « cette séparation absolue du droit civil et du droit pénal, si affirmée en droit français, est moins évidente dans le Code pénal suisse ». <sup>3</sup> Plus loin : « De là à donner à la peine le caractère d'une réparation du dommage causé, de l'outrage subi, il n'y a qu'un pas. Et le législateur s'est décidé à le franchir à plusieurs reprises, pour demeurer fidèle aux aspirations populaires. (...) La peine nous apparaîtra comme une satisfaction morale accordée à la victime, chaque fois que la loi fait du préjudice un élément constitutif de l'infraction. » <sup>4</sup> Or, nous avons vu que ce préjudice est un élément constitutif présumé (n° 6). <sup>5</sup>

En outre, il faut rappeler que le droit pénal sert à rétablir la considération dans des cas plus graves que le droit civil : en droit privé, prévaut la conception sociale de l'honneur (n° 30), alors qu'en droit pénal l'atteinte n'est réalisée que par l'imputation de ne pas exécuter des obligations morales ou juridiques.

<sup>1</sup> Neue Zürcher Zeitung du 7 janvier 1981 sous « Inland ».

<sup>2</sup> Clerc, RPS 56 p. 5 ss.

<sup>3</sup> Clerc, RPS 56 p. 7.

<sup>4</sup> Clerc, RPS 56 p. 9-10.

<sup>5</sup> Il est vrai que Clerc estime, au contraire, qu'« il n'est pas nécessaire d'avoir subi un préjudice moral pour avoir le droit de demander le châtement du diffamateur », partant, que le souci du législateur n'est pas « de venger celui qui effectivement souffre de la diffamation » (Clerc, cours, p. 187).

*Section 2 Procédures ne comprenant pas de phase d'ouverture de l'action pénale, ni de phase de mise en accusation*

191. En section première, nous avons traité de la qualité du plaignant pour former recours de droit public dans les procédures qui connaissent les phases de l'ouverture de l'action pénale et de la mise en accusation, c'est-à-dire dans les systèmes où un organe de l'Etat jouissant d'un certain pouvoir d'appréciation décide de l'introduction ou de la continuation d'une poursuite.

Toutefois, dans certaines procédures pénales privées (n° 172) et en procédure civile (n° 170), il n'existe pas, au sens strict, de stade d'ouverture de l'action pénale : le juge n'examine que les conditions de recevabilité formelle de la plainte. De même, dans quelques procédures pénales privées (n° 178) et en procédure civile (n° 176) il n'y a pas de mise en accusation, si bien qu'un non-lieu ne peut pas être prononcé.

On peut toutefois imaginer, dans ces systèmes, que le juge reste passif, qu'au mépris de ses devoirs il ne donne aucune suite aux actes de procédure requis. Dans ce cas, la jurisprudence du TF (nos 186 et 187) s'applique : en principe, la qualité est refusée au lésé pour recourir. Néanmoins, les « droits de partie » accordés par le droit cantonal ne sont pas respectés, de sorte que le droit d'être entendu est violé.<sup>1</sup>

## CHAPITRE 5 LA PARTICIPATION DU PLAIGNANT AUX DÉBATS

### *Section première La procédure pénale ordinaire*

192. Concernant la participation du plaignant aux débats, les cantons qui appliquent la procédure ordinaire en matière d'atteinte à l'honneur connaissent trois systèmes distincts.

aa) Genève *interdit* au plaignant – à moins qu'il ne se soit constitué partie civile – de participer en tant que partie aux débats.<sup>2</sup>

bb) D'autres cantons *obligent* le plaignant à assister aux débats, mais il peut être dispensé pour « raisons concluantes » ou « pour une raison reconnue légitime par le tribunal ». <sup>3</sup> A Nidwald, la règle est inverse : le plaignant ne doit assister aux débats que si le président du tribunal le juge nécessaire. <sup>4</sup> L'absence injustifiée du plaignant est sanctionnée de deux manières différentes :

1. Un premier système s'apparente à la procédure civile. Ainsi, en Valais, deux défauts successifs équivalent à un retrait de la plainte. <sup>5</sup> Fribourg connaît la même

<sup>1</sup> 99 Ia 108.

<sup>2</sup> GE 23 CPP.

<sup>3</sup> VD 319 CPP ; BE 235/1 CPP ; JU 239/1 CPP ; VS 126/2 CPP ; FR 32 ch 3 CPP.

<sup>4</sup> NW 107/2 CPP.

<sup>5</sup> VS 126/2 CPP.

règle<sup>1</sup>, mais il faut que la présence du plaignant ait été jugée indispensable, sinon son défaut n'implique même pas l'ajournement du procès.<sup>2</sup>

2. Un deuxième type de sanctions est plus caractéristique de la procédure pénale. Dans le canton de Vaud, par exemple, on délivrera un mandat d'amener contre le plaignant défaillant<sup>3</sup>, sans le frapper toutefois d'amende.<sup>4</sup> On procède de façon identique dans le Jura et à Berne, mais le mandat d'amener n'est signifié que si la présence du plaignant a été jugée nécessaire.<sup>5</sup>

cc) D'autres cantons encore accordent au plaignant la *faculté* de participer aux débats.<sup>6</sup>

**193.** En tout cas, le plaignant n'est supposé intervenir qu'à côté du représentant du Ministère public. Toutefois, ce dernier n'a l'obligation de soutenir personnellement l'accusation qu'à Genève<sup>7</sup> et à Neuchâtel (si la cause est du ressort du tribunal correctionnel, ce qui n'est, en pratique, jamais le cas).<sup>8</sup> Dans les autres cantons, la participation du procureur général aux débats devant les tribunaux compétents en matière d'atteinte à l'honneur est facultative<sup>9</sup>, de sorte que le représentant du Ministère public n'assiste quasi jamais aux débats. Il peut prendre des conclusions écrites. A Berne, à Schwyz et dans le Jura, le président du tribunal peut requérir sa présence<sup>10</sup> (mais, même dans cette hypothèse, son absence des débats n'entraîne pas l'ajournement de ceux-ci). A Soleure c'est le prévenu qui peut, avec l'approbation du juge, demander au procureur de participer aux débats.<sup>11</sup>

## Section 2 La procédure civile

**194.** En procédure civile, si une partie, en l'occurrence le demandeur, est absente des débats, le tribunal statuera selon les seules allégations de la partie présente<sup>12</sup>, ce qui a les mêmes effets pratiques qu'un retrait de plainte. Certains cantons prévoient d'ailleurs que le défaut du plaignant-demandeur entraîne le retrait de la plainte.<sup>13</sup>

## Section 3 La procédure pénale privée

**195.** En procédure pénale privée, l'accusateur est tenu d'assister aux débats. Une absence injustifiée<sup>14</sup>, parfois deux<sup>15</sup>, sont considérées comme un retrait de la plainte.<sup>16</sup>

<sup>1</sup> FR 35 ch 3 CPP.

<sup>2</sup> FR 32 ch 4 CPP.

<sup>3</sup> VD 116/2 CPP.

<sup>4</sup> Gilliéron p. 199.

<sup>5</sup> JU 240/1 CPP ; BE 236/1 CPP.

<sup>6</sup> AE 161/3 CPP ; SO 14 CPP ; LU 170/2 CPP ; SZ 86 CPP ; NE 46 CPP ; TI 67 CPP.

<sup>7</sup> GE 42/2 OJ et 4 LaCP.

<sup>8</sup> NE 48 CPP.

<sup>9</sup> VD 49/2 CPP ; NE, dans les causes de police, 48 CPP ; NW 107/3 CPP ; BE 228 CPP ; JU 232 CPP ; SZ 100/1 CPP ; FR 10 ch 4 CPP ; AE 161/2 CPP ; SO 72/2 OJ.

<sup>10</sup> BE 235/2 CPP ; SZ 100/2 CPP ; JU 239/2 CPP.

<sup>11</sup> SO 72/2 litt b OJ.

<sup>12</sup> AI 230/2 CPC ; TG 83/1 CPC ; OW 197 CPC ; UR 214 CPC.

<sup>13</sup> NW 212 ch 1 CPC ; GL 128 CPC.

<sup>14</sup> BL 191 CPP ; BS 206 CPP ; SH 75/1 LiCP.

<sup>15</sup> AG 190/3 CPP ; SG 284 CPP.

<sup>16</sup> Les codes zuricois, grisons et zougais sont toutefois muets à ce sujet.

## CHAPITRE 6 LA QUALITÉ DU PLAIGNANT POUR RECOURIR CONTRE LE JUGEMENT

### *Section première Le droit cantonal*

**196.** Du point de vue de la qualité pour recourir contre le jugement, la victime d'une atteinte à l'honneur dispose, en règle générale, de droits identiques dans les trois systèmes procéduraux considérés.

Elle jouit en principe d'un droit de recours de nature appellatoire.<sup>1</sup> Bâle-Ville exclut cependant ce type de recours contre les décisions du juge unique, à moins que l'atteinte à l'honneur n'ait été commise par le moyen de la presse.<sup>2</sup> Quant à Glaris, il limite ce droit de recours aux cas de diffamation et de calomnie.<sup>3</sup> Neuchâtel enfin ne connaît qu'un recours de type cassatoire et le plaignant peut recourir dans les seules causes de police<sup>4</sup> où le Ministère public n'est pas intervenu.<sup>5</sup>

D'autre part, la plupart des cantons ouvrent la voie de la révision au plaignant.<sup>6</sup> Ce n'est toutefois pas le cas, s'agissant du jugement pénal, en Valais, dans le Jura, à Neuchâtel, dans les Grisons, à Nidwald et à Berne.<sup>7</sup>

Fribourg et Genève n'accordent au plaignant aucune voie de recours contre le jugement : ni pourvoi en cassation, ni révision.<sup>8</sup> A Fribourg, cette exclusion est d'autant plus étonnante que la victime d'un délit contre l'honneur « est assimilée à une partie », sans qu'elle ait besoin de se constituer partie civile.<sup>9</sup> Mais « ce statut est irrationnel et contraire à la logique des institutions »<sup>10</sup> et l'intention du législateur n'a pas été de donner la qualité pour recourir au lésé, même en cas d'atteinte à l'honneur.<sup>11</sup>

**197.** Nous avons soutenu que la victime d'une atteinte à la considération est directement intéressée par la condamnation du prévenu, puisque celle-ci lui restitue le bien que l'auteur de l'infraction a déprécié (nos 189 et 190). Il est évident que cet intérêt porte non seulement sur la déclaration de culpabilité, mais aussi sur la mesure de la peine. Cette dernière se fixe selon la culpabilité du délinquant (art. 63 CPS). Or la culpabilité est fonction, entre autres critères, de la gravité de l'atteinte à

<sup>1</sup> Procédure ordinaire : VD 417 CPP ; AE 198 ch 6 et 212 CPP ; LU 233 ch 4 CPP ; SZ 135 et 143 CPP ; VS 178 CPP ; SO 174 litt b CPP ; JU 283 CPP ; NW 123 CPP ; BE 307 CPP ; procédure pénale privée : AG 217 et 206 CPP ; BL 195 CPP ; GR 168 CPP ; SH 85 LiCP ; SG 285 CPP ; ZG 68 CPP ; ZH 395 et 410 CPP ; procédure civile : AI 264 ss CPC ; OW 261 ss CPC ; NW 220 CPC ; TG 282 CPC ; UR 263 ss CPC ; GL 300 ss CPC.

<sup>2</sup> BS 239 CPP.

<sup>3</sup> GL 202/2 CPP.

<sup>4</sup> Le tribunal de police est compétent pour prononcer des peines de trois mois d'emprisonnement au plus.

<sup>5</sup> NE 143 CPP.

<sup>6</sup> Procédure ordinaire : AE 198 ch 6 et 223 CPP ; SZ 135 et 157 CPP ; LU 255 ch 3 CPP ; SO 210/1 litt c CPP ; procédure pénale privée : AG 230 et 206 CPP ; SG 199 et 285 ss CPP ; BL 199 CPP ; ZH 445 CPP ; procédure civile : AI 283 ss CPC ; OW 282 ss CPC ; NW 237 ss CPC ; GL 320 ss CPC ; TG 299 ss CPC ; UR 279 ss CPC.

<sup>7</sup> VS 196 CPP ; JU 324/1 CPP ; NE 262 CPP ; GR 148 et 168 CPP ; NW 141 CPP ; BE 349/1 CPP.

<sup>8</sup> FR 54 et 60 CPP ; GE 338 et 358 CPP.

<sup>9</sup> FR 34 CPP.

<sup>10</sup> Extr. FR 1972 p. 90.

<sup>11</sup> *Ibidem* p. 89.

l'honneur. La peine sera d'autant plus sévère que la considération aura été gravement souillée. Elle influencera directement l'appréciation par autrui de la valeur de la victime, c'est-à-dire la *considération elle-même*. Supposons, par exemple, que M. Untel soit accusé faussement, dans la presse, d'avoir commis une escroquerie. Sa considération est atteinte et la condamnation contribuera à la lui restituer. Toutefois, la considération de M. Untel sera d'autant plus sûrement rétablie que l'auteur sera condamné lourdement. Inversement, si le délinquant est reconnu coupable de diffamation, mais exempté de toute peine, le Barbier de Séville aura eu raison : calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose ! Il est donc important que la victime d'une atteinte à la considération puisse recourir contre la mesure de la peine. Or, cette possibilité est exclue, s'agissant de l'appel, dans le Jura, à Soleure et à Berne<sup>1</sup> et, s'agissant de la révision, à Lucerne et à Soleure.<sup>2</sup> En revanche, le nouveau code d'Appenzell Rhodes-Extérieures tient spécialement compte – il faut s'en féliciter – de la position particulière de la victime de l'atteinte à l'honneur. Alors que le lésé ne peut pas, en principe, recourir contre la mesure de la peine<sup>3</sup>, il le peut en cas d'atteinte à l'honneur.<sup>4</sup>

En Valais, en principe, « la partie civile ne peut faire appel au pénal qu'en cas d'acquiescement, sauf en se joignant à l'appel du ministère public ».<sup>5</sup> Toutefois, le Tribunal cantonal valaisan a estimé que cette règle ne concerne que les infractions se poursuivant d'office et non pas celles qui se poursuivent sur plainte, car, dans ce cas, le ministère public n'est pas partie au procès : le plaignant peut dès lors appeler, en matière de délit contre l'honneur, non seulement en cas d'acquiescement, mais aussi lorsqu'il estime que le prévenu n'a pas été condamné assez sévèrement. Cette interprétation, tout à fait opportune à notre avis, n'a pas été jugée arbitraire par le TF.<sup>6</sup>

## Section 2 Le droit fédéral

198. Le plaignant – au sens des articles 28 ss CPS –<sup>7</sup> et l'accusateur privé<sup>8</sup> ont qualité pour se pourvoir en nullité au TF contre un jugement final cantonal<sup>9</sup> et pour le seul motif que le droit fédéral a été violé.<sup>10</sup> L'accusateur privé ne possède toutefois cette qualité que s'il est « seul détenteur de l'action pénale et qu'il l'exerce en lieu et place du Ministère public, complètement exclu de la procédure ».<sup>11</sup> Dès que le Ministère public a le droit d'intervenir, même s'il ne fait pas usage de ce droit, l'accusateur privé perd sa qualité pour agir.<sup>12</sup>

Quant au recours de droit public contre le jugement, le plaignant n'a pas qualité pour le former.<sup>13</sup> Nous renvoyons aux nos 186 ss.

<sup>1</sup> JU 283 ch 1 CPP ; SO 174 litt b CPP ; BE 307 ch 1 CPP.

<sup>2</sup> LU 255 ch 3 CPP ; SO 210/1 litt c CPP.

<sup>3</sup> AE 198 ch 5.

<sup>4</sup> AE 198 ch 6.

<sup>5</sup> VS 179 CPP.

<sup>6</sup> 109 Ia 9.

<sup>7</sup> Art. 270/1 PPF.

<sup>8</sup> Art. 270/3 PPF.

<sup>9</sup> Art. 268 ch 1 PPF.

<sup>10</sup> Art. 269/1 PPF.

<sup>11</sup> 85 IV 110.

<sup>12</sup> 93 IV 101 et les arrêts cités.

<sup>13</sup> 103 la 574.

## CHAPITRE 7 LES FRAIS DE JUSTICE

Les *frais de justice* comprennent les *frais de procédure* (tels que les frais d'enquête, les émoluments, les droits de timbres, les indemnités dues aux autorités, témoins, experts, interprètes et défenseurs d'office) et les *dépens* (les frais de défense des parties).

### Section première La charge des frais de justice

#### I. La procédure pénale ordinaire

199. En cas de *condamnation*, le condamné est en principe tenu de payer les frais de justice.<sup>1</sup> Toutefois, le plaignant qui a agi par « dol, témérité ou légèreté » peut être appelé à supporter tout ou partie de ces frais, même si l'inculpé a été condamné.<sup>2</sup>

En cas d'*acquiescement* ou de *non-lieu*, les frais de justice échoient en principe au plaignant. On peut cependant distinguer trois systèmes différents.

1. Selon la règle la plus courante, le plaignant doit supporter les frais de justice en cas d'*acquiescement* ou de *non-lieu*, à condition qu'il soit de « mauvaise foi », qu'il ait agi par « dol, légèreté ou témérité », que les « circonstances » ou que l'« équité » l'exigent.<sup>3</sup> Ce régime est typique de la procédure pénale ordinaire. Il implique qu'en cas d'*acquiescement* ou de *non-lieu*, il est possible que les frais de justice soient mis à la charge de l'Etat, si ni le prévenu ni le plaignant n'ont eu une conduite incorrecte justifiant un autre règlement. Soleure et Vaud le stipulent d'ailleurs expressément.<sup>4</sup>

Notons en outre, qu'aux mêmes conditions de dol, de conduite répréhensible ou d'équité, etc., les frais peuvent être mis à la charge du prévenu acquitté.<sup>5</sup>

2. Appenzell Rhodes-Extérieures a institué une règle spéciale concernant les délits contre l'honneur. Cette règle s'apparente à la procédure civile : en cas d'*acquiescement* ou de *non-lieu*, les frais de justice échoient automatiquement au plaignant, sans que les conditions du dol, de la légèreté, de la mauvaise foi, etc., ne soient requises.<sup>6</sup> Lucerne applique une norme identique, sauf circonstances particulières.<sup>7</sup>

3. Le Jura, Berne et Nidwald connaissent un système mixte. Dans le Jura et à Berne, le plaignant ne peut être tenu de payer les frais de *procédure* (en cas d'*acquiescement* ou de *non-lieu*) qu'à condition qu'il ait agi de mauvaise foi ou à la légère.<sup>8</sup> En revanche, il suffit qu'il succombe, sans autre condition, pour qu'il soit

<sup>1</sup> Cf., par exemple, NE 89 CPP; VD 157 et 163 CPP; JU 264/1 et 267/1 CPP; BE 260/1 et 263/1 CPP; SO 33 CPP; GE 97/1 CPP; VS 207 ch 1 CPP.

<sup>2</sup> NE 91 CPP; VD 159 et 163 CPP.

<sup>3</sup> NE 91 CPP; VD 159 et 163 CPP; GE 101 CPP; VS 207/4 CPP; SZ 53 CPP; SO 32/4 CPP.

<sup>4</sup> SO 32/4 CPP; VD 162 CPP.

<sup>5</sup> NE 90 CPP; VD 158 CPP; SO 32/4 CPP; VS 207/3 CPP; NW 45/4 CPP; FR 63 ch 6 CPP; AE 242/1 CPP; BE 262 CPP; JU 266 CPP.

<sup>6</sup> AE 244 et 250 CPP.

<sup>7</sup> LU 152 CPP.

<sup>8</sup> JU 265/ 2 et 203/2 CPP; BE 261/2 et 200/2 CPP.

appelé à supporter, en règle générale, les *dépens* du prévenu acquitté.<sup>1</sup> Nidwald connaît une règle contraire: en règle générale, le plaignant qui succombe doit supporter les frais de *procédure*, même s'il est de bonne foi.<sup>2</sup> En outre, quand l'Etat paie les *dépens* d'un prévenu acquitté ou bénéficiant d'un non-lieu, il possède une action récursoire uniquement contre le plaignant fautif.<sup>3</sup>

En cas de *retrait de plainte*, on détermine en général la charge des frais de procédure par transaction sous la direction du juge. Le Jura, Berne et Nidwald<sup>4</sup> prévoient cependant que, sauf accord sur ce point, le paiement des frais incombe au plaignant. Dans le canton de Vaud, on admet même que l'Etat supporte les frais si l'équité l'exige.<sup>5</sup>

## II. La procédure civile

**200.** En procédure civile, les frais de justice incombent à la partie qui succombe<sup>6</sup>, sauf si une partie a provoqué des frais inutiles<sup>7</sup>, quand cette règle apparaît peu équitable, notamment en cas de procès entre parents<sup>8</sup>, quand une partie n'obtient pas davantage par le jugement que ce que l'autre partie était disposée à lui donner en conciliation<sup>9</sup> et quand aucune des parties n'a totalement gain de cause.<sup>10</sup> En cas de conciliation, il est souvent prévu que le tribunal répartisse les frais selon sa propre appréciation.<sup>11</sup> Enfin, Nidwald stipule que si la plainte est retirée, les frais sont en principe à la charge du plaignant.<sup>12</sup> Cette dernière règle n'est guère heureuse, dans la mesure où elle décourage le plaignant-demandeur à retirer sa plainte.

## III. La procédure pénale privée

**201.** Presque tous les cantons qui connaissent la procédure pénale privée règlent la question selon la clé de la procédure civile: les frais de justice doivent être payés par la partie qui succombe. Ce principe découle soit de dispositions expresses<sup>13</sup>, soit d'un renvoi à la procédure civile.<sup>14</sup> Les Grisons, Zurich, Zoug et Bâle-Campagne admettent une dérogation si des circonstances particulières l'exigent.<sup>15</sup> Il a été jugé, à Zurich, que le fait que l'accusé soit irresponsable de ses actes n'est pas une circonstance particulière suffisante à le décharger des frais.<sup>16</sup> Quant à celui qui est

<sup>1</sup> JU 267/1 CPP; BE 263/1 CPP. Notons toutefois que si le prévenu est mis au bénéfice d'un non-lieu et que l'Etat lui verse une indemnité, l'action récursoire de l'Etat contre le plaignant est à nouveau subordonnée aux conditions de légèreté ou de mauvaise foi du plaignant.

<sup>2</sup> NW 45/1 CPP.

<sup>3</sup> NE 49/1 CPP.

<sup>4</sup> JU 268 CPP; BE 264 CPP; NW 45/3 CPP.

<sup>5</sup> VD 90/2 CPP.

<sup>6</sup> AI 90 CPC; GL 245/1 et 246 CPC; NW 94/1 CPC; OW 93/1 CPC; TG 95/1 CPC; UR 86/1 CPC.

<sup>7</sup> NW 94/2 CPC; UR 86/2 CPC.

<sup>8</sup> NW 94/2 CPC; OW 93/2 litt c CPC; TG 95/3 CPC.

<sup>9</sup> NW 95 CPC; OW 94 CPC; UR 86/3 CPC.

<sup>10</sup> OW 93/2 litt b CPC; TG 95/2 CPC; UR 86/2 CPC.

<sup>11</sup> NW 96/1 CPC; OW 95 CPC.

<sup>12</sup> NW 96/2 CPC.

<sup>13</sup> GR 167/5 CPP; ZH 293 et 190 CPP; SG 287 CPP; BL 198 CPP; SH 83/3 LiCP.

<sup>14</sup> AG 192 CPP; ZG 68 bis CPP.

<sup>15</sup> GR 167/5 CPP; ZH 293 CPP; ZG 68 bis/2 CPP; BL 198 CPP.

<sup>16</sup> ZR 16 n° 159.

acquitté, il peut être appelé à supporter les frais de procédure à des conditions moins strictes qu'en procédure pénale ordinaire.<sup>1</sup> Aux Grisons, le Tribunal cantonal a jugé qu'il ne se justifie pas de faire supporter les frais à la partie qui succombe, lorsque l'accusé est acquitté parce qu'il est irresponsable ou parce que l'affaire est prescrite.<sup>2</sup> Le même tribunal a, du reste, précisé que le plaignant peut être condamné à payer une partie des frais, même si l'accusé est condamné.<sup>3</sup> En outre, en cas de retrait de plainte, les frais sont à la charge du plaignant<sup>4</sup>, sauf si le prévenu se rétracte et reconnaît que ses assertions sont fausses ou injustifiées : dans ce cas, il *peut* être appelé à supporter les frais.<sup>5</sup>

202. En procédure civile et en procédure pénale privée, les frais d'un procès relatif à un délit contre l'honneur ne sont donc pas supportés par l'Etat. La jurisprudence zuricoise rappelle cette règle et précise qu'elle s'applique même si les frais ont été augmentés par des actes du juge qui, par la suite, se sont révélés inutiles.<sup>6</sup> A Bâle-Ville, on a toutefois prévu une exception. La règle générale subsiste certes : la partie qui succombe supporte les frais<sup>7</sup>, mais en cas de non-lieu, le plaignant dont l'erreur est excusable peut être libéré de cette charge.<sup>8</sup> Notons par ailleurs que le prévenu acquitté ou le plaignant qui a gain de cause peuvent devoir payer tout ou partie des frais de procédure, compte tenu de leur conduite.<sup>9</sup>

## Section 2 *L'avance des frais de procédure et la garantie des dépens*

### 1. *La procédure pénale ordinaire*

#### a) *L'avance des frais de procédure*

203. Concernant l'avance des frais, la procédure pénale ordinaire prévoit deux types de réglementation.

1. Le premier système se fonde sur l'idée que la poursuite pénale est une tâche exclusive de l'Etat et n'exige pas d'avance de frais du plaignant. C'est le régime en vigueur à Fribourg, Neuchâtel, Genève et dans le canton de Vaud. Le code neuchâtelois stipule expressément que « les frais de poursuites sont avancés par l'Etat, à l'exception de ceux qui incombent à la partie civile lorsqu'elle n'est pas au bénéfice de l'assistance judiciaire ». <sup>10</sup> Cependant, si le plaignant demande une expertise, ce qui est rarissime – outre le cas d'expertise graphologique – en matière d'atteinte à l'honneur, il peut être contraint d'en avancer les frais. <sup>11</sup> Vaud prévoit encore qu'une avance est possible, selon l'appréciation du président du tribunal, pour l'assignation d'un témoin ou d'un expert au tribunal. <sup>12</sup>

<sup>1</sup> ZR 52 n° 17.

<sup>2</sup> PKG 1965 p. 106.

<sup>3</sup> PKG 1965 p. 107.

<sup>4</sup> GR 167/2 CPP ; de même à Zurich : ZR 63 n° 39 ; RSJ 1972 p. 60.

<sup>5</sup> GR 167/3 CPP.

<sup>6</sup> ZR 59 n° 80 et 81.

<sup>7</sup> BS 210/2 CPP.

<sup>8</sup> BS 202/4 CPP.

<sup>9</sup> BS 210/2 CPP.

<sup>10</sup> NE 87 CPP.

<sup>11</sup> NE 154/2 CPP ; VD 234 CPP ; GE 67/1 CPP.

<sup>12</sup> VD 320 CPP.

2. Les autres cantons consacrent, comme en procédure civile, soit pour le plaignant en général<sup>1</sup>, soit pour le plaignant en matière d'atteinte à l'honneur<sup>2</sup>, l'obligation de fournir des sûretés. Plus précisément : le juge peut exiger des sûretés. Il n'y a qu'à Schwytz et à Lucerne qu'il doit le faire. Si celles-ci ne sont pas déposées, il n'est pas donné suite à la plainte ou aux réquisitions de preuves.<sup>3</sup> Seul Appenzell Rhodes-Extérieures connaît une solution originale, et plus juste : si les frais de procédure ne sont pas avancés, on juge sur pièces.<sup>4</sup>

#### b) La garantie des dépens

**204.** L'obligation pour le plaignant de déposer des sûretés destinées à garantir l'indemnité ou les dépens éventuellement dus à la partie adverse n'est prévue que dans le Jura, en Valais et à Berne.<sup>5</sup>

## II. La procédure civile

#### a) L'avance des frais de procédure

**205.** En procédure civile, chaque partie doit avancer les frais nécessaires aux actes de procédure et aux preuves qu'elle demande.<sup>6</sup> Si, à l'échéance du délai fixé par le juge, l'avance n'est pas fournie, l'acte requis n'est pas effectué<sup>7</sup>, voire la plainte est considérée comme retirée.<sup>8</sup>

#### b) La garantie des dépens

**206.** L'obligation de fournir des sûretés en vue de garantir l'indemnité ou les dépens du défendeur est subordonnée en principe aux deux conditions alternatives suivantes : le demandeur ne doit pas avoir de domicile fixe en Suisse<sup>9</sup>, ou bien il doit être notoirement insolvable ou avoir fait l'objet d'une poursuite pour dettes infructueuse.<sup>10</sup> Schneider conteste la conformité de la première condition (absence de domicile fixe en Suisse) avec la Convention européenne des droits de l'homme. Il reprend en fait l'argumentation de Echterhölter et Schorn, selon lesquels cette exigence viole les articles 6, alinéa 1, première phrase (qui consacre le droit d'être entendu) et 14 (qui interdit toute discrimination fondée notamment sur « l'origine nationale » ou « toute autre situation ») de la Convention. L'obligation de fournir des sûretés serait, lorsque la partie habitant l'étranger est indigente, un déni de justice et une atteinte au principe d'égalité de traitement.<sup>11</sup> Si les sûretés ne sont pas

<sup>1</sup> SO 82 CPP ; AE 145 CPP ; VS 44/3 CPP ; NW 44/ 1 CPP.

<sup>2</sup> LU 146 CPP ; AE 189/2 CPP ; SZ 103/2 CPP ; JU 80/1 CPP ; BE 83/1 CPP.

<sup>3</sup> AE 189/3 CPP (concernant les réquisitions de preuves) ; VS 44/3 CPP ; LU 146 CPP ; BE 83/1 CPP ; JU 80/1 CPP ; NW 44/3 CPP.

<sup>4</sup> AE 145 CPP.

<sup>5</sup> JU 80/1 CPP ; VS 44/3 CPP ; BE 83/1 CPP.

<sup>6</sup> NW 89/1 CPC ; GL 27/1 CPC ; AI 89/1 CPC ; OW 84/1 CPC ; TG 96 CPC ; UR 81/1 CPC.

<sup>7</sup> OW 84/2 CPC ; NW 89/3 CPC ; TG 96 CPC ; AI 89/2 CPC.

<sup>8</sup> GL 27/2 CPC ; OW 84/3 CPC ; UR 81/1 CPC.

<sup>9</sup> NW 90 ch 1 CPC ; AI 94/1 CPC ; TG 97 ch 1 CPC ; OW 89 CPC ; UR 89 CPC.

<sup>10</sup> NW 90 ch 2 CPC ; AI 94/1 CPC ; TG 97 ch 2 et 3 CPC ; OW 89 CPC ; UR 89 CPC.

<sup>11</sup> Cf. Schneider p. 117.

versées, le procès est abandonné.<sup>1</sup> En Appenzell Rhodes-Intérieures, le plaignant peut exiger la reprise du procès si, dans les six mois, il fournit des sûretés.<sup>2</sup>

### *III. La procédure pénale privée*

#### a) L'avance des frais de procédure

**207.** L'avance obligatoire des frais de procédure est prévue dans tous les cantons qui ont institué une action pénale privée.<sup>3</sup> Bâle-Ville n'exige cependant cette avance que si le plaignant habite hors du canton ou s'il est prévisible que la procédure provoque de grosses dépenses.<sup>4</sup>

Pour les mêmes motifs que ceux invoqués par Schneider (ci-dessus : n° 206), on peut douter de la conformité de la condition relative au domicile avec les articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 4 Cst. féd.

Les Grisons et Bâle-Campagne prescrivent que la somme de soixante francs (aux Grisons) et de dix à cinquante francs (à Bâle-Campagne) doit être déposée avec la plainte.<sup>5</sup> Si les frais ne sont pas avancés, la plainte est considérée comme retirée ; respectivement, l'acte de procédure ou la preuve requis ne sont pas accomplis.<sup>6</sup> Se fondant sur la lettre du paragraphe 291 CPP ZH, Straüli note que, dans le canton de Zurich, l'avance des frais n'est exigée que pour les réquisitions de preuve et qu'une plainte ne pourrait pas être écartée si cette avance n'était pas faite.<sup>7</sup> Certe thèse, qui se veut favorable à l'accusateur privé, ne le sert pas : si les preuves réclamées ne sont pas administrées, il risque fort de perdre son procès et de devoir payer alors des frais plus élevés que si la plainte est écartée d'emblée.

#### b) La garantie des dépens

**208.** Alors qu'on applique, en procédure pénale privée, une norme de procédure civile en ce qui concerne l'avance des frais de procédure, il est intéressant de noter qu'aucun des cantons considérés, sauf Zoug, n'a institué l'obligation pour le plaignant de verser des sûretés garantissant l'indemnité et les dépens éventuellement dus au prévenu. Les jurisprudences zuricoise et bâloise ont d'ailleurs bien précisé que cette obligation n'existe pas en matière d'atteinte à l'honneur.<sup>8</sup> En revanche, à Zoug, concernant la question de la garantie des dépens, on applique purement et simplement la procédure civile.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> NW 93 CPC ; AI 97/1 CPC ; TG 101/1 CPC ; OW 92 CPC.

<sup>2</sup> AI 97/3 CPC.

<sup>3</sup> GR 167/4 CPP ; AG 191/1 CPP ; BL 182/1 CPP ; SH 73 LiCP ; SG 286/1 CPP ; ZG 36/1 CPC et 68 bis CPP ; ZH 291 CPP.

<sup>4</sup> BS 199/1 CPP.

<sup>5</sup> GR 163 CPP ; BL 182/1 CPP.

<sup>6</sup> GR 167/4 CPP ; AG 191/2 CPP ; BL 182/1 CPP ; BS 199/2 CPP ; SH 73 LiCP ; SG 286/2 CPP ; ZG 36/3 CPC et 68 bis CPP.

<sup>7</sup> Straüli 291 N 1.

<sup>8</sup> ZR 54 n° 62 ; 51 n° 41 ; BJM 1962 p. 244.

<sup>9</sup> ZG 68 bis CPP et 43 ss CPC.

209. Tous les plaignants ne possèdent pas les moyens financiers nécessaires à fournir les sûretés requises. Dès lors, presque tous les cantons qui exigent une avance de frais – quel que soit le type de procédure –, prévoient la possibilité d'en exonérer le débiteur à diverses conditions.<sup>1</sup>

Les conditions minimales de l'octroi de l'assistance judiciaire sont toutefois définies par le TF, sur la base de l'article 4 Cst. féd. : le plaignant doit être indigent et sa cause ne doit pas être dépourvue de chances de succès.<sup>2</sup> Cette jurisprudence ne se rapporte qu'à la procédure *civile*<sup>3</sup>, mais le TF a jugé en 1936 déjà<sup>4</sup> que, si le procès pénal est soumis aux formes de la procédure civile, l'assistance judiciaire doit être accordée aux conditions précitées. Le TF motive sa décision par le besoin d'éviter qu'un plaignant échoue parce qu'il est incapable d'avancer les frais de l'administration de preuves. Rien ne semble donc s'opposer à ce que cette jurisprudence s'applique aussi aux procédures *pénales* qui exigent des sûretés du plaignant.

Quelques cantons, tels Lucerne, Bâle-Campagne et Nidwald, sont moins restrictifs que le TF. Il suffit que le plaignant fasse valoir de bonne foi (Bâle-Campagne exige une preuve) qu'il n'a pas les moyens d'avancer la somme demandée pour qu'il en soit dispensé.<sup>5</sup>

## CHAPITRE 8 LA PROTECTION SPÉCIALE DE L'HONNEUR DES FONCTIONNAIRES, DES MEMBRES D'UNE AUTORITÉ ET DES ECCLÉSIASTIQUES

210. Dans de nombreux cantons qui poursuivent les délits contre l'honneur selon la règle de la *procédure civile* ou de la *procédure pénale privée*, on renvoie à la procédure pénale ordinaire quand la victime de l'atteinte à l'honneur est fonctionnaire, membre d'une autorité dans l'exercice de ses fonctions, voire, comme en Obwald, ecclésiastique.<sup>6</sup> Dans ces cas, l'application de la procédure ordinaire est en principe automatique. A Saint-Gall toutefois, elle dépend d'une décision du Conseil d'Etat, qui statue à la demande de la victime.<sup>7</sup> A Bâle-Ville, le procureur général peut ouvrir action si l'intérêt public l'exige.<sup>8</sup> Dans les Grisons, le recours à la procédure pénale ordinaire est assorti de restrictions : la plainte est adressée au Ministère public ; le juge d'instruction doit tenter une conciliation ; le plaignant est partie en

<sup>1</sup> SZ 103/2 CPP ; LU 272 CPP ; VS 44/3 CPP ; JU 80/2 CPP ; BE 83/2 CPP ; NW 44/4 CPP ; AG 193 CPP ; BL 41 CPP ; GR 167/4 CPP ; SH 67 LiCP ; SG 286/3 CPP ; ZG 68 bis CPP et 46 ss CPC ; AI 98 CPC ; TG 103 CPC ; NW 91 CPC ; OW 90 CPC ; GL 53 CPC ; UR 94 CPC ; ZR 51 n° 113, 49 n° 90.

<sup>2</sup> 105 Ia 113.

<sup>3</sup> Aubert (n° 1815) critique de cette restriction.

<sup>4</sup> 62 I 4.

<sup>5</sup> LU 272 CPP ; BL 41 CPP ; NW 44/4 CPP.

<sup>6</sup> TG 186/1 CPP ; AG 181/2 CPP ; SG 266 CPP ; OW 42 OJ ; BS 7/2 CPP ; GR 169 CPP.

<sup>7</sup> SG 266 CPP.

<sup>8</sup> BS 7/2 CPP.

procédure principale et en instance d'appel ; enfin, des règles spéciales sont instituées concernant la preuve de la vérité.<sup>1</sup>

D'autre part, dans les cantons qui répriment les infractions contre l'honneur selon la *procédure pénale ordinaire*, on trouve des normes spéciales sur les fonctionnaires, les membres d'une autorité ou les ecclésiastiques. Schwyz dispense les fonctionnaires et les membres d'une autorité de l'obligation de tenter une conciliation.<sup>2</sup> En Valais, ils sont libérés, ainsi que les ecclésiastiques, du devoir d'avancer les frais de procédure et de garantir les dépens de l'adverse partie.<sup>3</sup>

**211.** Une règle légale est contraire à l'article 4 Cst. féd. quand « elle n'a pas de fondement objectif et sérieux ou qu'elle établit des distinctions qui n'ont pas de justification raisonnable dans les faits ».<sup>4</sup> Comment admettre que le privilège accordé à ceux qui sont investis d'une tâche publique ou d'un ministère religieux ne constitue pas une inégalité de traitement au scns de cette disposition ?

Les travaux préparatoires des codes de procédures cantonales sont en général muets à ce sujet. La seule réponse donnée par la jurisprudence et la doctrine, la seule « justification raisonnable dans les faits » est l'intérêt de l'Etat à voir ses agents protégés de façon efficace.<sup>5</sup> Cet intérêt est, à notre avis, invoqué à mauvais escient.

Tenir compte de l'intérêt de l'Etat, en l'espèce, c'est postuler qu'une atteinte à l'honneur d'un de ses agents fait de l'Etat une victime indirecte de l'infraction. L'Etat est, par exemple, dans la même situation qu'une entreprise privée souhaitant que l'honneur de ses collaborateurs soit intact, ou qu'un père soucieux de l'honneur de ses enfants. Or, l'atteinte médiate à l'honneur est une notion étrangère à notre droit positif (n° 117). D'autre part, le législateur fédéral a lui-même jugé inopportun de prendre en considération l'intérêt de l'Etat, en refusant de punir l'outrage à autorité. Le TF a rappelé que les cantons n'ont pas le droit d'ériger en contravention de droit cantonal l'outrage à autorité.<sup>6</sup> Il s'agit certes d'une question de droit matériel ; toutefois, peu importe : étant admis que l'honneur de l'Etat n'est pas digne de protection, on ne saurait s'en prévaloir pour justifier une discrimination, même procédurale.

Le Tribunal supérieur de Thurgovie a jugé que le privilège dont jouissent les agents de l'Etat protège aussi les fonctionnaires d'un autre canton.<sup>7</sup> C'est admettre que l'intérêt de l'Etat n'importe pas ou, du moins, importe moins que celui du fonctionnaire en cause : le législateur d'un Etat, fût-il cantonal, n'est pas qualifié pour défendre l'intérêt de l'Etat voisin. De même, le privilège accordé aux ecclésiastiques sert l'intérêt des communautés religieuses, intérêt qui n'est pas assimilable à celui de l'Etat.

Le privilège des agents de l'Etat favorise donc d'abord les personnes physiques concernées et accessoirement l'Etat. Schneider l'admet d'ailleurs implicitement quand il prétend que le fonctionnaire est plus exposé aux atteintes à l'honneur et mérite donc une protection accrue.<sup>8</sup> C'est pourquoi les règles spéciales sur l'honneur des fonctionnaires, des membres d'autorités ou des ecclésiastiques nous semblent contraires à l'article 4 Cst. féd.

<sup>1</sup> GR 169 CPP.

<sup>2</sup> SZ 104/1 litt b CPP.

<sup>3</sup> VS 45/3 CPP.

<sup>4</sup> 104 Ia 295 et les arrêts cités.

<sup>5</sup> 69 IV 94 ; Rech. TG 1943 p. 91.

<sup>6</sup> 71 IV 106.

<sup>7</sup> RSJ 65 p. 44, Trib. sup. TG.

<sup>8</sup> Schneider p. 275.

## CHAPITRE 9 LES MOYENS DE CONTRAINTE

### *Section première Les moyens destinés à faire parler le prévenu*

#### *I. La procédure pénale (ordinaire et privée)*

**212.** En procédure pénale, il n'existe en principe pas de moyens de contrainte contre un prévenu qui refuse de répondre aux questions.<sup>1</sup>

#### *II. La procédure civile*

**213.** La partie récalcitrante, dans certains cantons, est passible d'une amende disciplinaire<sup>2</sup>, à quoi s'ajoute un moyen de pression indirect : l'objet de la question restée sans réponse est considéré comme prouvé.<sup>3</sup> En Nidwald, le juge « tiendra compte de la conduite de la partie »<sup>4</sup>. En Appenzell Rhodes-Intérieures, il appréciera librement le refus de répondre.<sup>5</sup> Uri, en revanche, connaît une règle spéciale concernant les atteintes à l'honneur : les parties sont déliées de l'obligation de répondre aux questions.<sup>6</sup>

### *Section 2 Les moyens destinés à inciter les parties à dire la vérité*

#### *I. La procédure pénale (ordinaire et privée)*

##### a) Concernant le plaignant

**214.** Le plaignant est tenu à la vérité. Un mensonge de sa part peut tomber sous le coup des articles 303 (dénonciation calomnieuse), 304 (induire la justice en erreur), voire 307 (faux témoignage) CPS.<sup>7</sup> Certains cantons excluent cependant l'inculpation du plaignant pour faux témoignage en prescrivant qu'il sera entendu à titre de renseignement : ainsi à Genève s'il est partie civile, en Nidwald, à Lucerne, à Saint-Gall et en Argovie.<sup>8</sup> A Soleure, le juge décide librement si le plaignant doit être entendu comme témoin ou à titre de renseignement<sup>9</sup> ; la loi précise seulement que s'il est partie civile il doit être en principe interrogé à titre de renseignement.<sup>10</sup> Dans le Jura, à Berne et à Bâle-Ville, le plaignant est entendu comme partie.<sup>11</sup> A Zurich, la jurisprudence a laissé ouverte la question de savoir si l'accusateur privé

<sup>1</sup> Clerc, *Initiation*, p. 153 ; cf. par exemple SZ 25 CPP.

<sup>2</sup> TG 274 CPC ; OW 183 CPC.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> NW 175 et 135 CPC.

<sup>5</sup> AI 208 CPC.

<sup>6</sup> UR 209 litt a CPC.

<sup>7</sup> Cf. ZG 26/2 CPP.

<sup>8</sup> GE 43 CPP ; NW 70/2 CPP ; SG 279/1 CPP ; AG 189/2 CPP ; cf. 92 IV 208 qui admet la distinction entre « témoin » et « personne entendue à titre de renseignement ».

<sup>9</sup> SO 70 CPP.

<sup>10</sup> Cf. néanmoins SOG 1976 n° 16.

<sup>11</sup> JU 135 CPP ; BE 134 CPP ; BL 60 et 179 CPP.

doit être entendu comme témoin ou à titre de renseignement.<sup>1</sup> Brunner préconise qu'il soit entendu comme témoin.<sup>2</sup> Hauser est du même avis ; il estime même, *de lege ferenda*, que le plaignant ne devrait jamais être entendu à titre de renseignement, car cela lui permet de mentir impunément.<sup>3</sup>

## b) Concernant le prévenu

**215.** Le prévenu jouit-il d'un droit au mensonge (si on peut parler d'un « droit », s'agissant de commettre un acte immoral) ? La question est controversée en doctrine<sup>4</sup> et il sort dès lors de notre propos d'y répondre. Notons seulement que le TF n'exclut pas le droit au mensonge, mais il le limite. Ainsi, le prévenu qui incite un témoin à mentir est punissable comme instigateur d'un faux témoignage<sup>5</sup> et le mensonge du prévenu qui constitue un délit en soi – comme le fait de dénoncer à l'autorité une infraction qu'on sait inexistante (art. 304 CPS) –, tombera évidemment sous le coup de la loi.<sup>6</sup>

## II. La procédure civile

**216.** Dans les cantons qui poursuivent les atteintes à l'honneur selon la procédure civile, la question se pose de savoir si l'article 306 CPS (fausse déclaration d'une partie en justice) est applicable. Une réponse affirmative implique que le droit au mensonge n'existe pas pour les deux parties.

Hauser et Schneider<sup>7</sup> estiment que l'article 306 CPS s'applique, contrairement à Winter.<sup>8</sup> Aucun de ces auteurs ne motive toutefois son point de vue. Le problème déterminant est le suivant : le Code pénal, en réservant l'application de l'article 306 CPS aux seuls procès civils, vise-t-il uniquement les litiges de droit matériel privé ou aussi tout autre conflit qui se vide selon les formes du procès civil ?

C'est la Deuxième Commission d'experts, sur la proposition de Thormann, qui a introduit le terme de « Zivilrechtsstreit ». Thormann a expliqué que cette précision tendait à éviter que l'article 306 CPS actuel ne s'applique, en matière d'atteinte à l'honneur, dans les cantons où ces délits sont poursuivis selon la procédure civile.<sup>9</sup> Toutefois, malgré cette intervention non équivoque, nous pensons que l'article 306 CPS s'applique à l'occasion de toute procédure civile, même lorsque la nature du procès est pénale. « Procès civil » doit être compris non pas comme « procès civil au fond », mais comme « litige soumis aux règles du procès civil ». Cette solution s'impose pour deux raisons.

**217.** Admettons, avec Thormann, que la nature civile de la question de fond soit un élément constitutif du délit de l'article 306 CPS. Comment déterminer cette

<sup>1</sup> ZR 22 n° 26 ; ibidem Sträuli 128 N 4 p. 72.

<sup>2</sup> Brunner p. 136-137.

<sup>3</sup> Hauser, Zeugenbeweis p. 73-74.

<sup>4</sup> Cf. Clerc, Initiation, p. 153 et la bibliographie citée ; Walder, die Vernehmung des Beschuldigten, p. 71 ss ; Graven, Droit et Vérité, Genève, 1946, p. 121.

<sup>5</sup> 73 IV 244.

<sup>6</sup> 75 IV 179.

<sup>7</sup> Hauser, Zeugenbeweis p. 74 ; Schneider p. 207.

<sup>8</sup> Winter p. 21 N 3.

<sup>9</sup> P.-v. 2<sup>e</sup> Comm. d'exp., Vol. V p. 274.

nature ? Selon que le droit applicable est public ou privé ? Il arrive que dans un même procès, on soit soumis aux deux droits : malgré l'article 309 CPS, de nouvelles difficultés surgissent alors. Selon que la juridiction saisie est un tribunal civil ou une cour de droit public ? En matière d'atteinte à l'honneur, le prévenu n'aurait alors pas le droit de mentir en audience de conciliation devant le juge de paix, mais pourrait le faire plus tard devant le juge pénal. En fin de compte, le seul critère qui n'engendre pas de multiples inconvénients est celui de la procédure applicable : l'article 306 CPS concerne tous les litiges soumis à la procédure civile, quels que soient le droit de fond applicable et la juridiction saisie.

**218.** D'autre part, dans les cantons qui répriment les délits contre l'honneur d'après les règles de la procédure civile, le juge ne dispose pas des moyens de contrainte de la procédure pénale et il est souvent tenu par la maxime des débats. Il serait dès lors paradoxal et inopportun de le priver, dans les procès pénaux – où on postule la recherche de la vérité matérielle – de l'épée de Damoclès que constitue l'article 306 CPS. Cette disposition, qui est un instrument essentiel de la procédure civile pour inciter les parties à la vérité, ne doit pas être abandonnée dans les cas où elle est la plus nécessaire.

Notons que l'application de l'article 306 CPS n'est pas automatique. Celui qui ment ne sera puni que s'il a « été expressément invité par le juge à dire la vérité et rendu attentif aux suites pénales » (art. 306 CPS). Le juge jouit donc d'un assez large pouvoir d'appréciation. Seuls Thurgovie, Appenzell Rhodes-Intérieures et Uri l'obligent à appliquer l'article 306 CPS.<sup>1</sup>

Relevons enfin qu'en procédure civile, outre l'article 306 CPS, le juge possède d'autres moyens de contrainte pour dissuader les partis de mentir. Glaris prévoit des amendes disciplinaires de 20 à 500 francs.<sup>2</sup> En Thurgovie, le plaignant peut être entendu comme témoin.<sup>3</sup>

### *Section 3 Les moyens destinés à faire parler les témoins<sup>4</sup>*

#### *I. La procédure pénale (ordinaire et privée)*

**219.** En procédure pénale, le témoin fautivement défaillant ou récalcitrant est puni de l'amende ou des arrêts jusqu'à 24 heures en principe. Dans le Jura et à Berne toutefois, après avoir été condamné trois fois de suite aux arrêts, il est passible d'une peine d'emprisonnement de 20 jours.<sup>5</sup>

#### *II. La procédure civile*

**220.** En procédure civile, le témoin récalcitrant est sanctionné de trois façons différentes. On peut d'abord lui infliger une amende disciplinaire.<sup>6</sup> Ensuite, il est

<sup>1</sup> TG 271/1 CPC ; AI 207 CPC ; UR 208/1 CPC.

<sup>2</sup> GL 219 CPC.

<sup>3</sup> TG 184/3 CPP.

<sup>4</sup> En cas de délit commis par la voie de la presse, aucun moyen de contrainte ne peut être utilisé à l'égard du rédacteur, de l'imprimeur ou de son personnel, de l'administrateur ou de l'éditeur, afin de découvrir l'identité de l'auteur d'un article (art. 27 ch 3 CPS).

<sup>5</sup> JU 143 CPP ; BE 142 CPP ; cf. en outre notamment GE 52 CPP ; VD 193 CPP ; NE 153 et 72 CPP ; VS 94 CPP.

<sup>6</sup> TG 261/1 CPC ; GL 189/2 CPC ; AI 185 CPC ; OW 157/1 CPC ; NW 150/2 CPC ; UR 190/1 CPC.

rendu responsable civilement des conséquences dommageables de son refus de déposer.<sup>1</sup> Il peut enfin tomber sous le coup de l'article 292 CPS (insoumission à une décision de l'autorité), si les éléments constitutifs de cette infraction sont réunis<sup>2</sup>. En cas d'absence injustifiée, les mêmes sanctions sont prévues. Notons en outre que tous les cantons considérés, sauf Uri, prévoient la possibilité de faire chercher un témoin indument absent par la police.<sup>3</sup> Uri stipule enfin qu'aucun moyen de contrainte ne sera employé contre une personne âgée de moins de 16 ans.<sup>4</sup>

#### *Section 4 Les moyens destinés à inciter les témoins à dire la vérité*

**221.** Quelle que soit la procédure applicable, le faux témoignage est réprimé par l'article 307 CPS.

#### *Section 5 Les autres moyens de contrainte*

##### *I. La procédure pénale ordinaire*

**222.** En procédure pénale ordinaire, les lois donnent à l'autorité d'instruction des moyens de contrainte étendus en vue d'établir la vérité : arrestation du prévenu, fouille, perquisition, séquestre, etc.

##### *II. La procédure pénale privée*

**223.** En procédure pénale privée, l'office d'instruction dispose en principe des mêmes moyens de contrainte qu'en procédure ordinaire.<sup>5</sup> Ainsi à Zurich, on a jugé qu'une perquisition des papiers de l'accusé est autorisée<sup>6</sup>, toutefois sans que l'autorité puisse user de la menace de l'article 292 CPS. En revanche, une expertise psychiatrique peut être ordonnée, même contre la volonté du prévenu.<sup>7</sup>

Seul Bâle-Campagne restreint l'usage des moyens de contrainte : les séquestres, perquisitions et arrestations ne sont autorisés en procédure pénale privée que dans des cas exceptionnels et urgents.<sup>8</sup>

##### *III. La procédure civile*

**224.** En revanche, en procédure civile, les moyens de contrainte de la procédure pénale font défaut. On ne pourra pas obliger l'inculpé à verser une caution, ni séquestrer des objets, ni surveiller les communications postales et téléphoniques, ni

<sup>1</sup> TG 261/1 CPC ; AI 185 CPC ; NW 150/3 CPC ; OW 157/3 CPC ; UR 190/1 CPC.

<sup>2</sup> UR 190/1 CPC ; NW 150 CPC ; GL 189/3 CPC ; AI 185 CPC.

<sup>3</sup> AI 184/3 CPC ; NW 150/1 CPC ; OW 158/3 CPC ; TG 260/2 CPC ; GL 189/1 CPC.

<sup>4</sup> UR 190/2 CPC.

<sup>5</sup> Saint-Gall (281/1 CPP) et Argovie (186/2 CPP) le stipulent expressément.

<sup>6</sup> ZR 57 n° 16.

<sup>7</sup> ZR 36 n° 97.

<sup>8</sup> BL 187/1 CPP.

effectuer des perquisitions, ni ordonner une arrestation, ni exiger une analyse graphologique.<sup>1</sup>

Schneider, bien qu'il propose quelques réformes<sup>2</sup>, se fait le défenseur de ce système. Il invoque notamment le principe de la proportionnalité, en vertu duquel les moyens de contrainte pénaux seraient inadéquats en matière d'atteinte à l'honneur.<sup>3</sup>

Quant à nous, nous noterons simplement qu'en procédure civile, le juge dispose de palliatifs, à défaut des moyens de contrainte ordinaires. Ces palliatifs cependant favorisent l'éclosion d'une vérité formelle. Ils sont les suivants.

**225.** D'abord, si une partie refuse de délivrer un document, le juge en tiendra compte en fondant sa conviction.<sup>4</sup> Mieux : il considérera le contenu allégué du document en cause comme prouvé.<sup>5</sup> A Glaris, il peut en outre infliger une amende disciplinaire.<sup>6</sup> Le tiers, qui refuse de produire un document, encourt les mêmes sanctions qu'un témoin récalcitrant.<sup>7</sup>

**226.** Ensuite, certains cantons connaissent la déposition sous serment.<sup>8</sup>

**227.** De plus, l'interrogatoire des parties est rendu d'autant plus fiable qu'existe la menace de l'article 306 CPS (nos 216 ss). Enfin, souvent, l'objet des questions restées sans réponse est considéré comme prouvé.<sup>9</sup>

**228.** Relevons que si l'auteur de l'atteinte à l'honneur est inconnu, Thurgovie prévoit l'ouverture d'une enquête pénale et Glaris renvoie à la procédure pénale ordinaire.<sup>10</sup> Enfin, si le délit a été commis par la voie de la presse, le lésé peut demander, à Uri, l'ouverture d'une information pénale. Dès qu'elle est terminée, le procès civil reprend normalement son cours.<sup>11</sup>

## CHAPITRE 10 MAXIME DES DÉBATS OU MAXIME D'OFFICE ?

### *Section première La procédure pénale ordinaire*

**229.** En procédure pénale ordinaire, le juge doit rechercher la vérité matérielle. Il est tenu par la maxime d'office. Il doit établir l'état des faits de sa propre initiative.

<sup>1</sup> Schneider p. 204.

<sup>2</sup> Schneider p. 208.

<sup>3</sup> Schneider p. 207.

<sup>4</sup> OW 147/2 CPC.

<sup>5</sup> NW 142/3 CPC ; TG 239/1 CPC ; AI 176/2 CPC ; GL 169 CPC ; UR 182/3 CPC.

<sup>6</sup> GL 169 CPC ;

<sup>7</sup> NW 143/2 CPC ; OW 148/4 CPC ; TG 239/2 CPC ; AI 177/2 CPC ; GL 170/3 CPC ; UR 184/2 CPC.

<sup>8</sup> TG 231 CPC ; GL 164 CPC.

<sup>9</sup> TG 274 CPC ; OW 183 CPC.

<sup>10</sup> TG 181 CPP ; GL 204 CPP.

<sup>11</sup> UR 246/3 CPC.

Il statue en se fondant sur les seuls faits dont il est persuadé de l'existence et peut tenir compte de faits qui n'ont pas été mentionnés par les parties.

### Section 2 *La procédure pénale privée*

**230.** La procédure pénale privée est en général régie par la maxime d'office.<sup>1</sup> L'instruction y est souvent menée par l'autorité de jugement.<sup>2</sup> Schaffhouse soumet néanmoins la procédure pénale en matière de délit contre l'honneur à la maxime des débats.<sup>3</sup> Quant au code saint-gallois, il stipule que les preuves sur l'état de fait sont administrées à la demande des parties ; cependant le juge peut d'office les compléter et contrôler la capacité de discernement de l'accusé s'il existe des doutes à ce sujet.<sup>4</sup>

### Section 3 *La procédure civile*

**231.** En procédure civile, la règle est la maxime des débats. Cela signifie que les preuves sur l'état de fait sont administrées à la demande des parties et que le juge est lié par les allégations concordantes des parties.<sup>5</sup> Le juge ne tiendra compte que des éléments apportés au procès par les parties<sup>6</sup>, sans se soucier de savoir quelle est la partie qui a fourni tel ou tel élément.<sup>7</sup> L'objet de la preuve est limité aux faits contestés.<sup>8</sup> En cas de défaut d'une des parties, on juge selon les seules allégations de la partie présente<sup>9</sup>, ce qui équivaut, en cas de défaut du plaignant, à un retrait de plainte<sup>10</sup> et en cas de défaut du prévenu, à un acquiescement.<sup>11</sup>

La maxime des débats souffre cependant d'importantes exceptions :

1. En Thurgovie, le juge interroge d'office les parties sur les faits.<sup>12</sup> Il peut requérir d'office des compléments de preuves, notamment au sujet de l'accusé, si c'est nécessaire à la fixation de la peine.<sup>13 14</sup> En Nidwald également, il interroge d'office les parties sur les faits et peut requérir des preuves de sa propre initiative.<sup>15</sup> Guldener en déduit que ces deux cantons sont soumis à la maxime d'office.<sup>16</sup> En

<sup>1</sup> GR 165/2 CPP ; PKG 1944 n° 49, 1955 n° 81 ; BS 14 et 17/2 CPP ; BL 194 CPP ; AG 189/1 CPP.

<sup>2</sup> GR 165/2 CPP ; ZG 67 CPP ; BS 200/2 CPP, mais le président peut confier l'enquête au Ministère public si une accusation publique entre en ligne de compte (BS 200/3 CPP) ; AG 186 CPP : l'instruction est dirigée soit par le président du tribunal, soit par un membre du tribunal désigné par le président ; idem SG 275 CPP.

<sup>3</sup> SH 76 LiCP.

<sup>4</sup> SG 277 CPP.

<sup>5</sup> TG 184/1 CPP et 119 CPC ; AI 115/1 CPC ; OW 55/3 CPC ; NW 52/1 CPC ; GL 235/1 CPC ; UR 105 CPC.

<sup>6</sup> Guldener p. 160 ; Kummer p. 77.

<sup>7</sup> Guldener p. 167 ; Kummer p. 77.

<sup>8</sup> AI 159 CPC ; OW 137 CPC ; NW 134 CPC ; TG 224 CPC ; GL 160 CPC ; UR 172/3 CPC.

<sup>9</sup> OW 197 CPC ; AI 230/2 CPC.

<sup>10</sup> NW 212 CPC ; GL 128 CPC.

<sup>11</sup> NW 212 CPC ; GL 128 CPC.

<sup>12</sup> TG 188/2 CPC.

<sup>13</sup> TG 184/2 CPP.

<sup>14</sup> En outre l'accusé doit être rendu attentif à son droit de soulever l'*exceptio veritatis* (TG 184/4 CPP).

<sup>15</sup> NW 52/2 CPC.

<sup>16</sup> Guldener p. 174.

Obwald, le tribunal peut aussi administrer des preuves de sa propre initiative, mais exceptionnellement et sous réserve du droit des parties de refuser cette façon de faire.<sup>1</sup>

2. En cas de défaut du prévenu, Thurgovie postule la recherche de la vérité matérielle : si l'accusé est absent, alors qu'il a été cité péremptoirement, on exige l'administration des preuves relatives aux allégations du plaignant.<sup>2</sup>

3. Tous les codes considérés prévoient que certains moyens de preuves peuvent être ordonnés d'office par le Tribunal. C'est le cas pour l'inspection<sup>3</sup>, l'expertise<sup>4</sup>, l'interrogatoire des parties<sup>5</sup> et la production de documents.<sup>6</sup>

4. Enfin, il est partout admis que le juge peut d'office demander aux parties de préciser ou d'éclaircir leurs allégués.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> OW 139 CPC.

<sup>2</sup> TG 184/1 2<sup>e</sup> phrase CPP.

<sup>3</sup> NW 160 CPC ; OW 169 CPC ; AI 194 CPC ; TG 242 CPC ; UR 198 CPC.

<sup>4</sup> TG 247 CPC ; AI 199 CPC ; GL 202 CPC ; OW 172 CPC ; NW 163 CPC.

<sup>5</sup> GL 213 CPC ; OW 181 CPC ; AI 206 CPC ; NW 171/1 CPC ; TG 270 CPC.

<sup>6</sup> OW 144/2 CPC.

<sup>7</sup> Guldener p. 165 ; Kummer p. 79 ; TG 119 CPC ; UR 107 et 146 CPC.

## CONCLUSION

**232.** Nous nous sommes fixé la tâche de présenter, selon le droit en vigueur, la situation juridique de la victime d'un délit contre l'honneur (n° 2).

Concernant le droit matériel, nous nous sommes convaincu que la victime de l'atteinte à l'honneur doit être définie plus restrictivement que la doctrine ne l'admet généralement. Notamment, nous pensons qu'une juste interprétation du droit positif conduit à une conception morale de l'honneur (nos 53 ss), prive les collectivités de ce bien (nos 99 ss) et exclut que les personnes incapables d'agir fautivement ne jouissent de considération (elles sont en revanche titulaires de l'honneur au sens normatif et un acte normalement constitutif de calomnie ou de diffamation devient, à leur égard, une injure) (nos 61 ss). Quant aux personnes décédées ou déclarées absentes, elles jouissent de considération, et non pas d'honneur au sens normatif (nos 65 ss).

S'agissant du droit de procédure, nous avons montré que la victime d'une atteinte à l'honneur est traitée assez différemment selon les cantons. L'éventail des systèmes et de leurs variantes est très large. A une extrémité, on trouve quatre cantons latins qui appliquent la procédure pénale ordinaire sans dérogation. A l'autre extrémité, il faut placer Appenzell Rhodes-Intérieures, qui est le seul canton qui applique la procédure civile sans correctif (sauf une règle spéciale sur le for). Tous les autres cantons connaissent des systèmes mixtes où, quelle que soit la procédure applicable en principe, des normes de procédure civile et pénale se côtoient. Ce caractère hybride trouve sa consécration dans les huit cantons qui ont institué une procédure pénale privée. Celle-ci diffère néanmoins dans chacun d'entre eux. Alors qu'à Zurich, par exemple, elle est assez semblable à la procédure pénale ordinaire, elle est, à Schaffhouse, la plus proche de la procédure civile. D'une manière générale, on peut dire que la procédure, en cas de délit contre l'honneur, devient d'autant moins pénale qu'on se dirige vers l'est de la Suisse.

Etant postulé que la victime d'une atteinte à l'honneur mérite une protection particulière, il convient de se demander si le droit positif, tel que nous l'avons analysé, est opportun.

**233.** La quasi-unanimité des auteurs préconisent, depuis plusieurs décennies, une conception sociale de l'honneur. D'un point de vue de politique criminelle, cette thèse doit être rejetée.

Il est vrai que si elle était agréée, un plus grand nombre de personnes pourraient se prétendre lésés dans leur honneur et que, *quantitativement*, l'honneur serait mieux protégé. Pourtant, selon une optique qualitative, l'adoption de la conception sociale de l'honneur affaiblirait la position de la victime d'un délit contre l'honneur. Il est beaucoup plus grave d'accuser un médecin de tromper ses patients que de prétendre, par exemple, qu'il est mauvais chirurgien, de mettre en doute l'intégrité d'un juge que de dire qu'il est mauvais juriste. Or, selon l'interprétation sociale de l'honneur, ces deux sortes d'allégations, quoique bien différentes, tomberaient sous le coup des mêmes dispositions du Code pénal. La vertu serait traitée au même niveau que l'habileté, ce qui est inadmissible.

« Comme le franc, l'honneur se dévalue par inflation », a fort bien écrit un journaliste contemporain.<sup>1</sup> Définir l'honneur de façon plus extensive, c'est réduire sa valeur. Aussi, la condamnation de l'auteur d'un reproche moral perdrait-elle son caractère réparateur si l'allégation de mal remplir son rôle social constituait le même acte délictueux. Ceux qui considèrent, comme nous, que les qualités morales ont plus de valeur que, par exemple, la compétence professionnelle, se doivent de défendre une conception morale de l'honneur. Une interprétation qui permettrait de se prétendre victime d'une atteinte à l'honneur, alors même qu'aucune qualité morale n'est mise en cause, viderait de sa substance la notion de l'honneur. En outre, le principe d'égalité postule une conception morale : on peut exiger de chacun qu'il soit honnête, mais non pas qu'il soit doué.

S'il fallait protéger les capacités professionnelles, artistiques ou politiques, on devrait alors créer une nouvelle infraction, moins grave que les délits contre l'honneur. Il pourrait s'agir, par exemple, d'une contravention énumérant exhaustivement les reproches attentatoires à la « réputation sociale ». Ce serait là une façon d'éviter que l'honneur ne perde son contenu moral et ne devienne un concept banal. Néanmoins, nous ne pensons pas qu'une telle législation soit nécessaire. Bien au contraire, le débat public gagnerait à voir se généraliser une sorte d'*exceptio carnevalis*.<sup>2</sup> En tout cas, la protection indirecte de la considération sociale, telle qu'elle découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral (nos 49 ss), nous apparaît tout à fait suffisante.

**234.** Nous croyons avoir montré, en deuxième partie, non seulement que la protection de l'« honneur » pénal des groupements est exclue, selon le droit en vigueur, mais aussi que la reconnaissance de cet honneur est un non-sens.

Au contraire, le Tribunal fédéral estime que la protection de l'honneur des collectivités répond à un besoin (n° 114) ; c'est certainement la raison principale qui le détermine à protéger l'« honneur » des personnes morales. Cet argument est, à nos yeux aussi, essentiel et doit être pris en considération : non pas qu'il importe de protéger un bien qui n'existe pas, mais il est malsain que les groupements puissent impunément être l'objet d'allégations mensongères et dévalorisantes, alors qu'ils sont – en de nombreux domaines – des piliers de la vie sociale. Si on pouvait, sans commettre de délit, prétendre que telle amicale de vieux soldats favorise la débauche, comparer un hôpital à un camp de concentration, dire d'une association politique qu'elle est illégale ou du club champion suisse de football qu'il soudoie systématiquement les arbitres, la paix publique serait menacée. Ainsi, le besoin auquel se réfère le TF ne concerne pas un bien qui appartiendrait aux collectivités, mais bien plutôt la sauvegarde de la *paix publique*, au sens du titre douzième du Code pénal.

Faut-il dès lors ajouter, sous ce titre, un article protégeant l'« honneur » des collectivités, une disposition similaire en quelque sorte à l'article 262 CPS (atteinte à la paix des morts) ? Dans ce cas, il importerait, afin de ne pas supprimer la liberté d'expression, de définir très restrictivement le délit. Seul l'auteur d'allégations manifestement fausses (ainsi la possibilité d'administrer la preuve de la vérité ou de la bonne foi devrait être donnée à l'auteur) et constituant un grave reproche moral, tel que dans les exemples cités ci-dessus, devrait être puni. Or, l'auteur de telles accusations commet déjà un délit pénal selon le droit en vigueur : il se rend coupable d'une *atteinte collective à l'honneur* des membres ou, du moins, des dirigeants

<sup>1</sup> Louis-Albert Zbinden, dans « Le Démocrate » du 5 septembre 1980.

<sup>2</sup> Il s'agit d'une *exceptio* parfois invoquée pour justifier la virulence de la satire, à l'époque du carnaval, cf. Noll, BJM 1959 p. 9.

de la collectivité en cause. En effet, en jugeant que la victime de l'atteinte collective se détermine objectivement (nos 123 ss), sans tenir compte de l'intention de l'auteur (nos 120 ss), nous avons éliminé l'objection de Roth et Flatten selon laquelle on ne peut pas punir comme auteur d'une atteinte collective à l'honneur des dirigeants – voire des membres – d'un groupement, celui qui entendait viser le groupement en tant que tel.<sup>1</sup>

Nous concluons donc à l'opportunité du droit matériel en vigueur, tel que nous l'avons interprété, en matière de délit contre l'honneur.

**235.** Nous avons noté que l'action introduite en vertu des articles 173 à 178 CPS a une fonction réparatrice (nos 189 ss). Elle intéresse spécialement la victime de l'atteinte à l'honneur. Aussi, la tentation est-elle grande de la qualifier de prétention privée et, partant, de la soumettre – partiellement ou totalement – aux règles de la procédure civile. Selon cette procédure, le plaignant-demandeur jouit de plus de liberté dans la conduite de l'action, tout en étant l'élément moteur nécessaire du procès : il met lui-même la procédure en marche ; il peut retirer sa plainte après le jugement de première instance ; il peut limiter son accusation à certains seulement des participants au délit ; il ne risque pas de voir son action rejetée par un non-lieu ou un classement sans suite ; il doit participer aux débats et jouit des mêmes droits de recours que le prévenu. En outre, dans un domaine qui touche de près à la susceptibilité, la procédure civile dissuade de prétendus lésés de saisir la justice pour des motifs futiles : on demande au plaignant-demandeur de garantir les frais de justice et de les supporter s'il succombe, quand bien même il est de bonne foi.

Pourtant, le recours à la procédure civile ou l'emprunt de certaines de ses institutions est, à notre avis, inopportun. Le procès, en matière de délit contre l'honneur, a certes un caractère réparateur, mais l'action pénale reste publique.<sup>2</sup> *La réparation consiste en une condamnation pénale.* En ce sens, seule la procédure pénale ordinaire protège efficacement le lésé.<sup>3</sup> En procédure civile, le juge ne dispose pas des moyens de contrainte nécessaires à découvrir la vérité matérielle. Il existe certes des palliatifs, mais qui favorisent l'éclosion d'une vérité formelle (no 225 ss). Schneider rétorque qu'il ne dépend que de la partie récalcitrante de permettre la découverte de la vérité matérielle.<sup>4</sup> Or, celle-ci ne doit pas dépendre de la volonté des parties. Du reste, les cantons qui appliquent la procédure civile, en cas de délits contre l'honneur, sont conscients de ses lacunes : sauf Appenzell Rhodes-Intérieures, ils ont prévu des règles particulières visant soit à renforcer le pouvoir de contrainte du juge, soit à restreindre la maxime des débats. Concernant certaines victimes, qu'on estime devoir protéger spécialement (les mineurs, les fonctionnaires, les membres des autorités ou les ecclésiastiques), ou quand l'auteur est inconnu, il est parfois purement et simplement renvoyé à la procédure pénale ordinaire.

Il faut en outre relever que la procédure pénale ordinaire permet d'éviter les procès téméraires, sans qu'il soit nécessaire, comme dans plusieurs cantons, d'emprunter une règle de procédure civile, en exigeant du plaignant qu'il fournisse des sûretés destinées à garantir les frais de justice. Les plaintes abusives pourront être écartées au moment de l'ouverture de l'action pénale ou de la mise en accusation, selon les principes de la légalité ou de l'opportunité des poursuites. Du

<sup>1</sup> Roth p. 114 ; Flatten p. 50.

<sup>2</sup> Oettinger p. 5 ; Schneider p. 11 ; Peters p. 544.

<sup>3</sup> Nos considérations sont ici générales. Il est vrai que certaines procédures pénales devraient être modifiées. Notamment, la victime d'une infraction contre l'honneur devrait jouir des mêmes droits de recours que le prévenu, même s'agissant de la mesure de la peine.

<sup>4</sup> Schneider p. 207.

reste, le juge pourra, au cours de l'audience de conciliation, convaincre le plaignant de l'inanité de sa requête et des conséquences dommageables pour lui d'un acquittement.

On relèvera en outre que, dans les cantons qui ne connaissent ni phase d'ouverture de l'action pénale, ni stade de mise en accusation (à savoir ceux qui appliquent la procédure civile et certains de ceux qui connaissent l'action pénale privée), les plaintes ne sont jamais « filtrées » en application du principe de la légalité ou de l'opportunité des poursuites. Dans ces systèmes, la mise en mouvement de la machine judiciaire dépend uniquement de la volonté arbitraire de l'accusateur privé. On comprend mal, dès lors, que les auteurs qui s'opposent au principe de l'opportunité des poursuites – lequel soumet l'accusateur à certaines règles – ne rejettent pas sans ambage ces systèmes, qui sanctionnent un véritable principe de l'arbitraire.

Notons enfin que nous sommes conscient qu'en nous prononçant résolument pour la procédure pénale ordinaire en matière de délit contre l'honneur, nous excluons de fait toute possibilité d'unification de la procédure pénale sur ce point. La moitié des cantons connaissent soit une procédure civile, soit une procédure pénale privée. Quatre cantons seulement sur vingt-six appliquent la procédure pénale ordinaire sans restriction. D'un point de vue politique, il est donc illusoire de penser pouvoir appliquer cette dernière solution uniformément dans toute la Suisse. L'existence de procédures spéciales, en cas de délits contre l'honneur est, dans les cantons concernés, une tradition bien vivante. Ainsi, Uri, qui est le dernier canton à avoir révisé totalement, en 1980, son code de procédure pénale, prévoit l'application de la procédure civile. En Obwald, la même règle a été à nouveau consacrée en 1973, en Thurgovie en 1970, à Glaris en 1965. Toutes les procédures pénales privées ont survécu aux récentes réformes législatives, dans les cantons où elles ont été instituées. Ceci est un exemple des difficultés auxquelles se heurteront ceux qui souhaitent unifier la procédure pénale dans la Confédération suisse.