



Article scientifique

Article

2025

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'infraction de diffamation en cas de récit de violences sexistes et sexuelles. Quelle mise en balance entre la liberté d'expression et l'honneur?

Brambilla, Clara

How to cite

BRAMBILLA, Clara. L'infraction de diffamation en cas de récit de violences sexistes et sexuelles. Quelle mise en balance entre la liberté d'expression et l'honneur? In: NKrim - Neue Zeitschrift für Kriminologie und Kriminalpolitik, 2025, vol. 2025, n° 2, p. 38–47.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:188803>

© The author(s). This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

Last update in Archive ouverte UNIGE on 11.11.2025 15:56

L'infraction de diffamation en cas de récit de violences sexistes et sexuelles



Quelle mise en balance entre la liberté d'expression et l'honneur?

Clara Brambilla*

MLaw, Doctorante et assistante de recherche et d'enseignement au Département de droit pénal de l'Université de Genève
clara.brambilla@unige.ch

Résumé

Certains récits de violences sexistes et sexuelles bénéficient d'une protection par la liberté d'expression tout en étant typiques de l'infraction de diffamation. Cette contribution vise à examiner la mise en balance entre la protection de l'honneur et celle de ces récits par la preuve de la vérité ou de la bonne foi de la personne les ayant tenu pour vrais et diffusés. Une attention particulière est donnée par la jurisprudence aux particularités de ces récits, notamment la difficulté à prouver les faits et la différence de vécu entre l'auteur·rice et la victime de violence.

Summary

Some accounts of gender-based and sexual violence are protected by freedom of expression, even though they typically constitute defamation. This contribution aims to examine the balance between protecting honour and protecting these accounts by proving the truth or good faith of the person who believed them to be true and spread them. Particular attention is paid in case law to the specific characteristics of these accounts, in particular the difficulty of proving the facts and the difference in experience between the perpetrator and the victim of violence.

Zusammenfassung

Bestimmte Berichte über geschlechtsspezifische und sexuelle Gewalt genießen Schutz durch die Meinungsfreiheit, stellen jedoch gleichzeitig einen typischen Tatbestand der Verleumdung dar. Dieser Beitrag befasst sich mit der Abwägung zwischen dem Ehrenschatz und dem Schutz dieser Berichte durch den Nachweis der Wahrheit oder des guten Glaubens der Person, die sie für wahr gehalten und verbreitet hat. Die Rechtsprechung schenkt den Besonderheiten dieser Schilderungen besondere Aufmerksamkeit, insbesondere der Schwierigkeit, die Tatsachen zu beweisen, und dem Unterschied zwischen der erlebten Situation des Täters und der des Opfers von Gewalt.

Mots-clés:

Diffamation, liberté d'expression, violences sexistes et sexuelles, honneur, preuve de la vérité, preuve de la bonne foi

Keywords:

Defamation, freedom of expression, gender-based and sexual violence, honour, proof of truth, proof of good faith

Schlüsselwörter:

Verleumdung, Meinungsfreiheit, geschlechtsspezifische und sexuelle Gewalt, Ehre, Beweis der Wahrheit, Beweis der Gutgläubigkeit

1. Introduction

#MeToo est présenté comme le mouvement de la libération de la parole des femmes au sujet des violences sexistes et sexuelles qu'elles subissent.¹ Besse souligne que cette parole est «salvatrice et cathartique, nécessaire à bien des égards dans un monde gouverné par

et pour les hommes».² La personne qui dévoile des violences sexistes et sexuelles le fait souvent, d'abord auprès d'une personne proche en qui elle a confiance, pour chercher une forme de réconfort. Mais elle peut également s'adresser à une autorité ou dans le contexte professionnel à une personne supérieure hiérarchiquement pour espérer obtenir une protection. Enfin, elle peut participer à un mouvement plus large, en racontant publiquement son récit pour révéler son caractère systémique ou pour exposer l'auteur·rice.

Toutes ces formes de communication impliquent une tierce personne désignée et jettent sur elle le soupçon d'une attitude à tout le moins incorrecte, voire peuvent parfois porter atteinte à la réputation et à la vie privée de celles·eux dont les comportements violents sont allégués³. Une mise en balance doit donc être faite entre ces deux intérêts, soit celui de la personne victime de violence à s'exprimer et à chercher une protection et l'honneur et la réputation de la per-

* Je tiens à remercier la Professeure Camille Perrier Depeursinge, Justine Arnal, assistante diplômée, Gaspard Genton, avocat, Emma Gandolfi, Salomé Favre et Barhoom Khoury pour leurs précieux conseils et leurs relectures.

1 Noémie Trovato, Viol, violeur, violée: qualification et redéfinition sur Twitter de #MeToo à #MauvaiseVictime, Communication & languages 2024/1, 81 ss, 83.

2 Thomas Besse, Quand la parole se libère, la bonne foi vole à son secours, Les Cahiers de la justice 2022, 659 ss, 659 s.

3 Ibidem.

sonne accusée.⁴ S'il s'avère dans un cas particulier que la protection de la réputation prime la liberté d'expression, une sanction peut être prononcée et le récit de violences sexistes et sexuelles réprimé.

Buisson et Wetzels définissent les violences sexistes et sexuelles comme «une multiplicité de types d'actes coercitifs, non hiérarchisés, imposés par les hommes pour contrôler les femmes ainsi que toutes celles et ceux qui n'appartiennent pas au masculin hégémonique, et ce tout au long de leur vie».⁵ Elles précisent que l'expression «violences sexistes et sexuelles» ne vise pas à séparer les deux types de violences, mais à mettre en avant l'inscription de ces violences dans un ensemble relevant du sexisme, comme expression d'une forme de domination patriarcale.⁶ Cette notion permet, au contraire, de souligner le concept de continuum des violences, qui permet de les envisager dans leurs pluralité, par le lien qu'elles entretiennent entre elles, sans les hiérarchiser.⁷ Ces violences sont indissociables.⁸

Nous examinerons la portée pénale d'allégation de fait, ici les violences subies. Cela exclut d'envisager l'application de l'injure (art. 177 CP), car elle concerne des expressions de mépris sans fondement factuel.⁹ Nous nous limiterons aussi à l'examen de la possibilité de réprimer des accusations de violences alléguées de bonne foi par la personne qui les a subies. Nous n'analyserons donc pas la calomnie (art. 174 CP) et la dénonciation calomnieuse (art. 303 CP), puisqu'il s'agit de la divulgation d'un fait que l'auteur-riche sait faux et mensonger.

Nous tenterons de déterminer dans cette contribution à quelles conditions et en fonction de quelles circonstances des accusations de violences sexistes et sexuelles peuvent faire l'objet d'une condamnation pour diffamation (art. 173 CP). Pour commencer, nous analyserons les éléments constitutifs de l'art. 173 CP, pour déterminer les récits portant pénalement atteinte à l'honneur (2.). Ensuite, nous examinerons la mise en balance de la liberté d'expression et de la protection de l'honneur, notamment lors de l'examen des preuves libératoires (3.).

2. Les récits réprimés par l'infraction de diffamation

Les éléments constitutifs de la diffamation définissent les caractéristiques d'un récit punissable. Ces éléments consistent à accuser, à jeter le soupçon ou à propager l'idée qu'une personne a adopté un comportement illégal et/ou immoral provoquant donc une atteinte à son honneur et à sa réputation. Le propos doit être adressé à une tierce personne¹⁰ et la personne visée doit être reconnaissable.¹¹ L'auteur-riche doit agir avec intention.

Dans ce chapitre, nous allons définir les violences sexistes et sexuelles qui portent atteinte à l'honneur (2.1) puis la tierce personne auprès de laquelle le propos diffamatoire doit avoir été tenu (2.2).

2.1 Les récits portant atteinte à l'honneur

Pour qu'un récit soit pénalement poursuivi, il doit porter atteinte à l'honneur au sens pénal (2.1.1). Le sens donné au récit doit être déterminé au terme d'un examen objectif (2.1.2).¹²

2.1.1 Les violences sexistes et sexuelles portant atteinte à l'honneur au sens pénal

En droit pénal, l'honneur se définit comme «le droit de chacun[-e] à ne pas être considéré[-e] comme une personne méprisable».¹³ L'atteinte à l'honneur est définie par Logoz et Hurtado Pozo comme le fait d'«imputer à une personne un état de fait qui, du point de vue moral, est de nature à faire porter sur elle un jugement défavorable».¹⁴ L'honneur, comme la réputation, est protégé par l'art. 8 CEDH, étant un élément de la vie privée. Il fait partie de l'identité et de l'intégrité personnelle et morale.¹⁵ Toutefois, toute atteinte à l'honneur ne porte pas atteinte à la vie privée; elle doit, pour cela, atteindre un certain niveau de gravité.¹⁶ Il en va de même en droit pénal, car toutes les atteintes à l'hon-

4 Ibidem.

5 Charlotte Buisson/Jeanne Wetzels, *Les Violences sexistes et sexuelles*, Paris 2022, 5.

6 Le patriarcat se définit comme une «forme d'organisation sociale et juridique fondée sur la détention de l'autorité par les hommes, à l'exclusion explicite des femmes» (Nicole Echard, *Matriarcat*, in: Pierre Bonte/Michel Izard (éd.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, 4^{ème} éd., Paris 2010, 455.

7 Buisson/Wetzels (note 5), 4.

8 Ibidem.

9 BSK StGB-Riklin, art. 177 N 4, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, 4^{ème} éd., Bâle 2018.

10 José Hurtado Pozo, *Droit pénal, Partie spéciale*, Genève/Zurich/Bâle 2009, N 2015; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 1.

11 Bernard Corboz, *Les infractions en droit suisse*, 3^{ème} éd., Berne 2010, art. 173 N 39.

12 Corboz (note 11), art. 173 N 6, 39.

13 ATF 117 IV 27 c.2c; TF 6B_903/2020, 10.3.2021, c.5.2; ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c.5.1.b; PC CP, Remarques préliminaires aux art. 173 à 178 N 2, in: Michel Dupuis/Laurent Moreillon/Christophe Piguet/Séverine Berger/Miriam Mazou/Virginie Rodigari, *Petit commentaire, Code pénal*, 2^{ème} éd., Bâle 2017.

14 Hurtado Pozo (note 10), N 2028; Paul Logoz, *Commentaire du code pénal suisse, Partie spéciale I* (Art. 111 à 212), *Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, contre le patrimoine, contre l'honneur, contre la liberté, contre les mœurs*, Neuchâtel 1955, 244.

15 CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 33; CourEDH, Vicent Del Campo c. Espagne, requête n° 25527/13, 6.2.2019, par. 36.

16 CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 34.

neur ne sont pas réprimées.¹⁷ En effet, le Tribunal fédéral a une vision restrictive de l'honneur et ne protège que l'honneur moral, soit lorsqu'il est fondé sur des qualités morales, soit que la personnalité est «touchée dans sa signification humaine et morale».¹⁸

L'honneur moral est donc touché lorsque le comportement dénoncé correspond à l'énoncé d'une infraction pénale, comme le viol, la violence physique ou sexuelle¹⁹ ou par l'accusation d'avoir eu une conduite moralement réprouvée.²⁰ Ce type de conduite se distingue des accusations qui portent uniquement atteinte à l'opinion positive qu'une personne a d'elle-même, notamment à propos de ses qualités professionnelles, artistiques, politiques, sportives ou de son rôle dans la communauté.²¹ Ce critère devra donc être établi pour les violences sexistes et sexuelles qui ne sont pas illicites pénalement, par exemple, dans la plupart des cas de harcèlement²², un viol commis par négligence, un rapport sexuel violent mais légal en Suisse, etc.

2.1.2 Le sens donné au récit

Le sens donné à une déclaration doit être déterminé par une interprétation objective, établi par le sens que les destinataires non prévenu-e-s donnent à la déclaration dans ces circonstances et non par le sens que la personne visée lui donne.²³ Une partie de la doctrine critique cette méthode, jugée potentiellement arbitraire.²⁴ Elle propose de se référer à la compréhension d'un cercle de destinataires déterminés, qui ne se limite donc ni aux personnes «sensibles à l'art», ni à une personne moyenne totalement impartiale, mais plutôt aux destinataires réel-les du propos.²⁵ Nous les rejoignons, car cette méthode nous semble plus claire et donc plus adaptée à une infraction portant atteinte à la liberté d'expression.²⁶

L'examen du contexte permet de nuancer l'analyse objective²⁷, notamment durant les périodes électorales et de votations.²⁸ La relation particulière entre une personne s'exprimant et une personne recevant le propos s'inscrit également dans ces éléments à considérer. Par exemple, la relation entre un-e client-e et son avocat-e,²⁹ qui est particulière en raison de l'activité de conseil juridique et du secret professionnel.³⁰ Le climat de confiance existant dans cette relation permet aux client-e-s de livrer leurs versions des faits, leurs émotions, leurs ressentis et leurs opinions.³¹ L'avocat-e est conscient-e que «[leurs] client[e-s] sont] d'ailleurs bien souvent en conflit avec la personne objet des déclarations litigieuses et se trouve[nt] alors animé[e-s] par une certaine passion. Il en découle que les paroles tenues peuvent parfois dépasser [leur] pensée, tout comme une forme d'exagération est à cet égard prévisible».³²

Bohnet et Melcarne affirment que ce contexte doit être considéré au moment de déterminer le sens des propos et leur caractère attentatoire à l'honneur.³³ En interprétant le sens des propos des client-e-s avec retenue, le caractère attentatoire à l'honneur des propos sera, selon eux, rarement admis.³⁴ Nous les rejoignons.

Lorsque le récit diffamant mobilise un terme issu du droit pénal, c'est à cette définition qu'il est, en général, fait référence. Dans l'affaire Egill Einarsson c. Islande, la CourEDH est amenée à se positionner sur le sens du terme violeur. La Cour a considéré que cela faisait référence à l'acte réprimé par le droit pénal islandais. L'absence de preuve des faits de viol a mené la Cour à reconnaître une atteinte disproportionnée à l'honneur d'Egill Einarsson.³⁵ Toutefois, dans une opinion dissidente, le juge Mourou-Vikström affirme que le terme violeur faisait référence au fait que la personne visée par ce terme avait recommandé publiquement que les femmes soient soumises à des violences sexuelles.³⁶ Selon nous, cette opinion dissidente nous

17 ATF 80 IV 164 c. 2; Logoz (note 14), 238.

18 BSK StGB II-Riklin (note 9), avant l'art. 173 N 16; voir aussi ATF 115 IV 42 c. 1c.

19 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 44; CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 52; CourEDH, Juppala c. Finlande, requête n° 18629/03, 2.3.2009, par. 40.

20 ATF 118 IV 248 c. 2b; ATF 117 IV 27 c. d; Corboz (note 11), art. 173 N 6.

21 ATF 145 IV 462 c. 4.2.2; ATF 119 IV 44 c. 2a; ATF 117 IV 27 c. 2c; ATF 116 IV 205 c. 2; ATF 115 IV 42 c. 1c; ATF 105 IV 194 c. 2a; Corboz (note 11), art. 173 N 9; PC CP (note 13), Remarques préliminaires aux art. 173 à 178 N 4.

22 Karine Lempen, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur, Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève/Zurich 2006, 2.

23 ATF 145 IV 462 c. 4.2.3; ATF 137 IV 313 c. 2.1.3; ATF 128 IV 53 c. 1a; ATF 118 IV 248 c. 2b; ATF 117 IV 27 c. c-d; ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.1. b; François Bohnet/Luca Melcarne, Le client peut-il diffamer en se confiant à son avocat? RSJ 2020, 363 ss, 370; Corboz (note 11), art. 173 N 6; Hurtado Pozo (note 10), N 2032.

24 Mischa Charles Senn, Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Figur?, Medialex 1998, 150 ss, 151.

25 Jürg-Beat Ackermann, Satire und Strafrecht, Rechtliche und tatsächliche Aspekte bei der Interpretation, in: Jürg-Beat Ackermann (éd.), Strafrecht als Herausforderung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zurich 1999, 79 ss, 88; Senn (note 24), 152.

26 En effet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe appelle les États membres à «définir plus précisément dans leur législation le concept de diffamation, dans le but d'éviter une application arbitraire de la loi», Résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1577 (2007), N 17.3.

27 ATF 145 IV 462 c. 4.2.3; ATF 137 IV 313 c. 2.1.3; ATF 128 IV 53 c. 1a; ATF 118 IV 248 c. 2b; ATF 116 IV 146 c. 3c; Bohnet/Melcarne (note 23), 370.

28 CourEDH, Kuli c. Pologne, requête n° 15601/02, 18.6.2008, par. 52; CourEDH, Lopes Gomes da Silva c. Portugal, requête n° 37698/97, 28.12.2000, par. 34; ATF 105 IV 194 c. 2a; Bohnet/Melcarne (note 23), 370; Tarlach McGonagle/Marie McGonagle/Ronan Ó Fathaigh/Onur Andreotti (éd.) Liberté d'expression et diffamation, Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg 2016, 12.

29 Cf. chapitre 2.2.2.

30 ATF 148 IV 409 c. 2.3.3.

31 Ibidem.

32 ATF 148 IV 409 c. 2.3.3; voir aussi Bohnet/Melcarne (note 23), 370.

33 ATF 148 IV 409 c. 2.3.3; ATF 145 IV 462 c. 4.2.3; ATF 137 IV 313 c. 2.1.3; ATF 128 IV 53 c. 1a; ATF 118 IV 248 c. 2b; Bohnet/Melcarne (note 23), 370 s..

34 ATF 148 IV 409 c. 2.3.3; Bohnet/Melcarne (note 23), 371.

35 CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 50.

36 CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, Opinion dissidente du juge Mourou-Vikström.

enjoint à chercher le sens réellement donné par les destinataires (moyen-ne-s ou déterminé-e-s) à une telle déclaration et à ne pas pratiquer de renvoi automatique aux définitions de la loi pénale.

En Suisse, plusieurs expressions couramment utilisées pour décrire des violences sexistes et sexuelles ne sont pas décrites dans le Code pénal, comme les notions de «harcèlement», d'«agression sexuelle» ou de «violence sexuelle». Ainsi, selon nous, un renvoi à ce dernier n'est donc pas possible quand le terme utilisé n'existe pas dans le Code pénal ou qu'il ne renvoyait clairement pas à lui. Pour les deux dernières notions, nous pensons que ce terme se réfère à la violence sexuelle définie à l'art. 36 de la Convention d'Istanbul. La référence à un terme «similaire» du Code pénal, comme à l'atteinte sexuelle pour la violence sexuelle, impliquerait, à tort selon nous, que la preuve de la vérité se fasse au travers d'une démonstration de la réalisation de l'ensemble des éléments constitutifs de cette infraction. Cela n'est guère réaliste et risque de créer un écart entre les deux définitions rendant les preuves libératoires impossibles à amener. Il semble plus raisonnable de se référer à la Convention d'Istanbul et au sens donné par les destinataires (moyen-ne-s ou déterminé-e-s) des propos.

2.2 Les récits auprès d'une tierce personne

Pour être punissable, la communication litigieuse doit avoir été adressée à une tierce personne, soit quelqu'un-e d'autre que la personne s'exprimant ou la personne lésée³⁷. Une controverse doctrinale existe à propos des conditions pour admettre la qualification de confident-e nécessaire (2.2.1) ainsi qu'à propos des conséquences de cette qualification et des relations particulières entre la personne s'exprimant et la tierce personne (2.2.2).³⁸

2.2.1 Les conditions du statut de confident-e nécessaire

Les récits de violences sexistes et sexuelles sont souvent faits auprès d'une personne proche. La question se pose donc de savoir si cette première confidence peut, ou non, être soustraite à la répression pénale – dans l'éventualité bien sûr où la révélation viendrait à la connaissance de la personne visée.

Il ressort de la jurisprudence que deux conditions générales doivent être remplies pour que le statut de confident-e nécessaire soit reconnu et une troisième

condition pour les confident-e-s nécessaires soumis-e-s au secret.

D'abord, la personne doit faire partie du cercle familial ou des proches de la personne s'exprimant, ou être soumise à un secret de professionnel dont la violation est réprimée par l'art. 321 CP³⁹, car ces secrets impliquent un rapport particulier entre la personne s'exprimant et la personne destinataire, dont des devoirs particuliers découlent par rapport au reste des secrets professionnels.⁴⁰

Cette condition n'est pas remplie par un devoir de confidentialité ou la soumission au secret des supérieur-e-s hiérarchiques ou des membres des autorités de surveillance. En effet, celles-ceux qui s'adressent à ces personnes attendent leurs interventions et ne cherchent donc pas uniquement à se soulager auprès d'elles.⁴¹

Selon le Tribunal cantonal bâlois, les autorités ne sont pas des confident-e-s nécessaires, car elles n'ont pas de fonction de «gardienne de l'âme», sauf pour les médiateurs fédéraux (*Ombudsman*).⁴² La capacité de leurs membres à examiner la véracité des propos ne justifie pas non plus de leur reconnaître la qualité de confident-e nécessaire.⁴³

Concernant les liens familiaux, le Tribunal fédéral considère qu'un parent s'adressant à son enfant à propos de son autre parent s'adresse à une tierce personne.⁴⁴ Une partie de la doctrine est critique de cette jurisprudence, en raison de l'importance de pouvoir exprimer ses sentiments dans un cercle intime et du risque minime d'atteinte que ce genre de communication représente.⁴⁵

La deuxième condition exige que la personne s'exprimant compte sur la confidentialité de la personne destinataire.⁴⁶ Par exemple, s'agissant des avocat-e-s, la personne s'exprimant doit avoir souhaité s'adresser à elles-eux en leur qualité de *Seelenkübelfunktion*, qui peut se traduire comme «fonction de confident/soutien émotionnel» ou «gardienne de l'âme» et non en raison de leur qualité de *Vertreterfunktion*, traduit comme «fonction de représentation». ⁴⁷ Pour le Tribunal fédéral, la fonction de gardienne de l'âme de l'avocat-e implique que «[l']individu [...] doit pouvoir s'épancher

37 ATF 145 IV 462 c. 4.3.3; ATF 86 IV 209, 211–212; TF, 6B_698/2012, 28.1.2013, c. 3.2.1; CR CPII-Rieben/Mazou, art. 173 N 16, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (éd.), Code pénal II, Commentaire romand, 2^{ème} éd., Bâle 2025.

38 CR CPII-Rieben/Mazou (note 37), art. 173 N 16.

39 ATF 145 IV 462 c. 4.3.3; TF, 6B_512/2017, 12.2.2018, c. 3.3.1; Hurtado Pozo (note 10), N 2035.

40 TF, 6B_698/2012, 28.1.2013, c. 3.2.1.

41 Ibidem.

42 TC-BL, 470 18 220, 23.10.2018, c. 3.2.b; sur l'Ombudsman, voir aussi Schubarth, art. 173 N 40, in: Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Berne 1984.

43 ATF 103 IV 22 c. 7.

44 ATF 96 IV 194; TF, 6B_69/2016, 16.12.2020, c. 2.1.1 s.; Donatsch considère que cette jurisprudence va trop loin: Andreas Donatsch, Strafrecht III, 11^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, 399.

45 Hurtado Pozo (note 10), N 2039; Schubarth (note 42), art. 173 N 38.

46 ATF 145 IV 462 c. 4.3.3; Hurtado Pozo (note 10), N 2035.

47 Schubarth (note 42), art. 173 N 39.

dans le cabinet de son mandataire»,⁴⁸ les propos doivent donc avoir été confiés à l'avocat·e sans volonté qu'ils soient communiqués plus loin ou utilisés dans une stratégie de défense.⁴⁹

Une dernière condition est exigée pour les confident·es nécessaires soumis·es au secret professionnel: le Tribunal fédéral exige que la personne s'exprimant s'en tienne «à des assertions qui se rapportent d'une manière ou d'une autre à son affaire et ne sont pas absolument dénuées de fondement»,⁵⁰ soit par exemple, qu'elle s'en tienne à des propos en lien avec le litige pour lequel l'avocat·e est mandaté·e. Ce lien entre les propos et le litige permet de justifier la reconnaissance du contexte de confiance découlant de la qualité d'avocat·e.⁵¹

Selon nous, il ne devrait pas être déduit de la rareté des cas dans lesquels le Tribunal fédéral reconnaît cette qualité, un caractère particulièrement stricte de ces conditions. Nous expliquons plutôt cette rareté par la nature des conditions pour admettre la qualité de confident·e nécessaire qui implique que la personne accusée ne saura très probablement jamais que des propos à son égard ont été tenus auprès d'une personne soumise à la confidentialité et n'aura jamais l'occasion de déposer une plainte et la qualité de confident·e nécessaire ne sera pas reconnue par une autorité pénale.

2.2.2 Les conséquences de la qualification de confident·e nécessaire

Lorsque la qualité de confident·e nécessaire est reconnue, les conséquences de cette qualification sont controversées. À l'origine, la figure du·de la confident·e nécessaire était pensée comme une manière d'exclure la qualité de tiers au·à la confident·e nécessaire auprès du·de la quel·le l'on aurait diffamé la personne visée.

Mais pour une partie de la doctrine et le Tribunal fédéral dans l'ATF 86 IV 209, cette qualité n'offre qu'une application généreuse des preuves libératoires,⁵² car elles assurent déjà au·à la client·e de pouvoir s'exprimer librement.⁵³ Le droit d'adresser une dénonciation serait garanti par des exigences moins strictes quant à la preuve de la bonne foi.⁵⁴

Cependant, la prise en compte de la relation particulière entre la personne s'exprimant et la tierce personne recevant le propos dans les preuves libératoires, comme pour le sens donné au propos, n'est pas conditionnée aux conditions développées ci-dessus.⁵⁵ Par

exemple, le contexte est pris en considération même lorsque les propos n'ont pas de lien objectif avec l'affaire⁵⁶ ou que la personne s'exprimant n'a pas eu la volonté que les faits dévoilés restent confidentiels.⁵⁷

Selon nous, si le Tribunal fédéral examine les conditions présentées ci-dessus,⁵⁸ ce n'est donc pas pour déterminer si les preuves libératoires s'appliquent plus généreusement mais pour déterminer si l'exclusion de la qualité de tierce personne est possible.

D'après notre analyse de la jurisprudence, le Tribunal fédéral n'exclut pas que le·a confident·e nécessaire puisse être retiré·e du cercle des personnes tierces.⁵⁹ En outre, lorsqu'une relation particulière lie la personne s'exprimant et la tierce personne, même sans remplir toutes les conditions de confident·e nécessaire, ces éléments doivent éclairer l'interprétation des faits litigieux, puis l'examen des preuves libératoires.

3. La mise en balance de la liberté d'expression et de l'honneur

Les accusations de violences sexistes et sexuelles, typiques de l'infraction de diffamation, portent atteinte à la réputation (art. 8 CEDH) tout en entrant dans le champ d'application de la liberté d'expression (art. 10 CEDH). Ces deux droits doivent donc être mis en balance.⁶⁰

Comme développé plus haut,⁶¹ la réputation fait partie des droits de la personnalité protégés par l'art. 8 CEDH, en tant qu'élément de la vie privée.⁶² En raison des obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH, les États ont la faculté, voire le devoir, de réglementer l'exercice de la liberté d'expression, afin de protéger la réputation de leurs ressortissant·es.⁶³ Néanmoins, ils doivent aussi protéger la liberté d'expression (art. 10 CEDH), à savoir, les contenus expressifs ayant une valeur communicative,⁶⁴ tels que les opinions, les informations mais également les simples informations de faits.⁶⁵

48 ATF 86 IV 209, 210.

49 ATF 145 IV 462 c. 4.3.3; TF, 6B_229/2016, 8.6.2016, c. 1.3; TF, 6S.171/2003, 10.9.2003, c. 1.3; Bohnet/Melcarne (note 23), 368.

50 ATF 86 IV 209, 210.

51 TF, 6B_229/2016, 8.6.2016, c. 1.3.

52 Günter Stratenwerth/Felix Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 8^{ème} éd., Berne 2022, par. 11 N 27.

53 ATF 145 IV 462 c. 4.3.3; ATF 86 IV 209, 210.

54 ATF 116 IV 205 c. 3c; TF 6B_698/2012, 28.1.2013, c. 3.2.1; cf. chapitre 3.2.

55 TF, 6B_229/2016, 8.6.2016, c. 1.3, 1.5.

56 Bohnet/Melcarne (note 23), 370; par exemple, TF, 6B_229/2016, 8.6.2016, c. 1.3.

57 Ibidem.

58 ATF 148 IV 409 c. 2.3.1; ATF 145 IV 462 c. 4.3.3; TF, 6B_229/2016, 8.6.2016, c. 1.3; TF, 6S.171/2003, 10.9.2003, c. 1.3.

59 Ibidem.

60 CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 35; Hurtado Pozo (note 10), N 1936.

61 Cf. chapitre 2.1.1.

62 CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 33; CourEDH, Vicent Del Campo c. Espagne, requête n° 25527/13, 6.2.2019, par. 36.

63 CourEDH, Ormanni c. Italie, requête n° 30278/04, 17.10.2007, par. 67.

64 TF, 1C_451/2018, 13.9.2019, c. 4.1; TF, 1C_443/2017, 29.8.2018, c. 6.1; TF, 6B_530/2014, 10.9.2014, c. 2.3–5; Clara Brambilla, La condamnation selon l'art. 239 CP lors d'une manifestation, Jusletter du 3.7.2023, N 30.

65 CourEDH, Barthold c. Allemagne, requête n° 8734/79, 25.3.1985, par. 42; ATF 113 la 309 c. 5a; TF, 6B_530/2014, 10.9.2014, c. 2.1.

Ces deux droits sont relatifs et peuvent donc être limités à certaines conditions, pour la réputation, par la liberté d'expression, par exemple. Quant à la liberté d'expression, elle comporte aussi des devoirs et des responsabilités (art. 10 par. 2 CEDH).⁶⁶ L'une de ses limites est l'interdiction de la diffamation.⁶⁷

En droit pénal, deux méthodes permettent de respecter les droits fondamentaux: l'interprétation conforme des normes et l'autorisation des actes par une loi, via l'application de l'art. 14 CP⁶⁸ (3.1). Lorsqu'elles sont appliquées à un cas de diffamation, ces deux méthodes impliquent un examen de proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression par la répression de ce récit, par une application proportionnée de l'exigence de la preuve de la vérité ou de la bonne foi (3.2).

3.1 Le respect des droits fondamentaux en droit pénal

En droit suisse, les droits fondamentaux sont respectés en premier lieu par une interprétation conforme aux droits fondamentaux des dispositions en vigueur (3.1.1).⁶⁹ Une partie de la doctrine défend cependant que l'art. 14 CP permet d'appliquer directement la protection des droits fondamentaux dans une procédure pénale, même si une interprétation conforme n'est pas possible (3.1.2).

3.1.1 Le respect des droits fondamentaux par une interprétation conforme des conditions des preuves libératoires

Selon le Tribunal fédéral, Corboz et Hurtado Pozo, les preuves libératoires permettent de prendre en compte les droits fondamentaux touchés (art. 8 et 10 CEDH), par une pesée des intérêts en contradiction.⁷⁰

Les preuves libératoires sont pertinentes lorsque la personne s'exprimant prouve la conformité de ses allégations à la vérité ou les raisons sérieuses qu'elle a eues de les tenir de bonne foi pour vraies (art. 173 ch. 2 CP). Elle n'encourt alors aucune peine, ce qui équivaut d'après la jurisprudence à un acquittement.⁷¹ Cette possibilité d'apporter la preuve de la vérité ou de la bonne foi s'appuie sur l'absence de protection lorsque

les atteintes à l'art. 8 CEDH constituent des conséquences prévisibles de ses propres actes.⁷²

Il s'agit cependant d'un renversement du fardeau de la preuve.⁷³ Pour la CourEDH, Trechsel et Lehmkuhl, cette exigence, pour la personne s'exprimant, d'apporter elle-même une preuve n'est pas contraire en soi à la liberté d'expression et ne viole pas la présomption d'innocence.⁷⁴ La CourEDH justifie cette méthode par son effet préventif: la personne souhaitant s'exprimer devant, avant de le faire, s'assurer d'avoir des preuves ou des éléments suffisants pour tenir de bonne foi pour vrai ce qu'elle affirme.⁷⁵

Au contraire, pour Schubarth, cette exigence viole doublement la présomption d'innocence, car la personne s'exprimant supporte le risque de l'échec des preuves libératoires et la charge d'amener ces preuves.⁷⁶ Selon lui, le risque de condamnation pénale suffit à protéger l'honneur. Cette charge sur la personne s'exprimant n'est donc pas nécessaire.⁷⁷ Nous rejoignons Schubarth sur les risques de violation de la présomption d'innocence. Dans le domaine de la protection des victimes de violences et des débats d'intérêts généraux, le motif préventif de cette charge de la preuve sur la personne s'exprimant nous semble contraire avec les principes développés autour du *chilling effect*.⁷⁸

Le ch. 3 de l'art. 173 prévoit le retrait de la possibilité de faire usage des preuves libératoires lorsque deux conditions cumulatives sont remplies: dans la diffusion de l'allégation, aucun intérêt public ou motif suffisant n'était visé; et le dessein principal de la diffusion est de dire du mal d'autrui.⁷⁹ La seule absence de motif suffisant ne permet pas de déduire une volonté prépondérante de dire du mal d'autrui.⁸⁰ Le terme «principalement» implique que les preuves libératoires ne sont exclues que lorsque la personne s'exprimant n'a aucun autre motif que celui de dire du mal d'autrui.⁸¹ Selon nous, dans le cas des récits

66 Corboz (note 11), art. 173 N 115.

67 Ibidem.

68 «Quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi».

69 CR Cst-Martenet, art. 36 N 11, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (éd.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021; CR Cst-Dubey (note 69), art. 190 N 39.

70 ATF 118 IV 153 c. 4c.

71 ATF 119 IV 44 c. 3; Bernard Corboz, La diffamation, SJ 1992, 641 ss, 658; CR CPII-Rieben/Mazou (note 37), art. 173 N 32.

72 CourEDH, Vicent Del Campo c. Espagne, requête n° 25527/13, 6.2.2019, par. 41.

73 BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 13.

74 CourEDH, Rumyana Ivanova c. Bulgarie, requête n° 36207/03, 14.5.2008, par. 39; CourEDH, McVicar c. Royaume-Uni, requête n° 46311/99, 7.7.2002, par. 87; CourEDH, Lingens et Leitgeb c. Autriche, requête n° 8803/79, 11.12.1981, par. 4; McGonagle/McGonagle/O'Fathaigh (note 28), 52; PK StGB-Trechsel/Lehmkuhl, art. 173 N 14, in: Stephan Trechsel/Mark Pieth (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall 2021.

75 CourEDH, Lingens et Leitgeb c. Autriche, requête n° 8803/79, 11.12.1981, par. 4.

76 Schubart (note 42), art. 173 N 63.

77 Idem, art. 173 N 64.

78 Cf. chapitre 3.2.4.

79 ATF 98 IV 90 c. 4; ATF 89 IV 190 c. 1; Charles Poncet, La preuve de la vérité ou de la bonne foi dans les procès de presse, in: Amédée Kasser/Mercedes Novier/Odile Pelet/Ralph Schlosser (éd.), L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève/Zurich/Bâle 2005, 237, 255 s.

80 Hurtado Pozo (note 10), N 2055.

81 Ibidem, N 2056; voir aussi sur un viol, ACPR-GE, 23/2024, 16.1.2024, c. 5.4.

étudiés ici, cette condition est toujours remplie en raison des intérêts publics ou des motifs suffisants reconnus à ces discours.⁸²

Selon nous, vu la jurisprudence actuelle de la Cour-EDH, les conditions de l'art. 173 ch. 2 et 3 CP peuvent donc être interprétées dans la grande majorité des cas de façon conforme à la CEDH.

3.1.2 Un agissement ordonné ou autorisé par la loi

L'art. 14 CP dispose que quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite. Les faits justificatifs priment les preuves libératoires, car ils rendent les faits licites et non uniquement excusables.⁸³ Cet article a deux impacts dans le cadre de la présente contribution: soit une loi suisse ordonne ou autorise le propos diffamant, soit la liberté d'expression (art. 10 CEDH) le permet.

Dans le contexte d'une procédure pénale, en se fondant sur les devoirs procéduraux des parties à un procès, les parties, leurs avocat·e·s et les personnes appelées à donner des renseignements peuvent se prévaloir de l'art. 14 CP à condition de limiter leurs déclarations aux éléments nécessaires et pertinents et de les avoir présentées comme de simples suppositions.⁸⁴

Sur cette base, le Tribunal cantonal genevois a admis la protection par l'art. 14 CP d'une personne ayant demandé à deux amies de témoigner pour elle dans le cadre de la procédure faisant suite à sa plainte pour viol. Dans cette affaire, la personne s'exprimant souhaitait démontrer et non diffuser le récit et on ne pouvait lui reprocher d'avoir tenté de rassembler des preuves.⁸⁵

Une partie de la doctrine défend l'opinion que l'art. 14 CP impose aux autorités pénales de vérifier si un droit fondamental inscrit dans la CEDH autorise le comportement dont la répression est envisagé. Si c'est le cas, cela empêche le prononcé d'une condamnation pénale violant ce droit humain.⁸⁶

Dans un récent arrêt, portant sur l'art. 10 CEDH, le Tribunal fédéral émet des doutes sur la possibilité de

retenir la notion de loi pour tous les droits conventionnels en raison de leurs niveau d'abstraction, mais reconnaît que dans le cas d'espèce, la jurisprudence, en particulier celle de la CourEDH, est suffisamment claire et que l'art. 10 CEDH peut donc être considéré comme une loi.⁸⁷ Nous pensons que dans les cas concernant la diffamation, la jurisprudence de la CourEDH est également suffisamment claire pour reconnaître le statut de loi à l'art. 10 CEDH.⁸⁸

Pour Perrin, les magistrats pénaux doivent questionner une violation d'un droit fondamental avant de rendre un jugement.⁸⁹ Nous le rejoignons et défendons que dans le cas de la diffamation, les juges doivent appliquer les preuves libératoires à la lumière des droits fondamentaux. Si elles-ils concluent à une condamnation, elles-ils doivent également vérifier la conformité à l'art. 10 CEDH de la condamnation puis de la peine et de son effet dissuasif,⁹⁰ pour vérifier le respect de l'art. 14 CP et de la hiérarchie des normes.

3.2 Le niveau d'exigence de la preuve de la vérité ou de la bonne foi

Comme présenté ci-dessus,⁹¹ la CourEDH considère que l'exigence de base factuelle n'est pas contraire à l'art. 10 CEDH.⁹² Cependant, selon elle, le niveau de preuve exigé doit être adapté à divers facteurs pour respecter le principe de proportionnalité (art. 36 Cst.).⁹³ Une restriction de la liberté d'expression est licite si elle repose sur trois éléments: une base légale,⁹⁴ telle que l'art. 173 CP; un besoin social impérieux dans une société démocratique, comme la protection de la réputation;⁹⁵ et que la restriction soit proportionnée, c'est-à-dire apte, nécessaire et proportionnée au sens étroit (ce qui signifie «proportionnée aux buts légitimes poursuivis»).⁹⁶

Pour la CourEDH, ce déplacement de la charge de la preuve impose aux autorités de garantir la possibilité d'invoquer l'exception de vérité.⁹⁷ L'absence d'aide judiciaire, provoquée par le renversement de la charge de la preuve, ne viole pas systématiquement la liberté d'expression: selon la CourEDH cette aide est due

82 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 52; CourEDH, RTBF c. Belgique (N° 2), requête n° 417/15, 13.3.2023, par. 48, 51, 54, 55; CourEDH, N.S. c. Croatie, requête n° 36908/13, 10.9.2020, par. 94; CourEDH, Juppala c. Finlande, 18629/03, 2.3.2009, par. 45; CourEDH, De Haes et Gijssels c. Belgique, requête n° 19983/92, 24.2.1997, par. 39; ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.6.a; ACPR-GE, 23/2024, 16.1.2024, c. 5.4; cf. chapitre 3.2.2.

83 ATF 135 IV 177 c. 4; ATF 131 IV 154 c. 1.3; ATF 123 IV 97 c. 2c/aa; ATF 118 IV 153 c. b; ATF 116 IV 211 c. bb; ATF 108 IV 94 c. 2; Bohnet/Melcarne (note 23), 369; Corboz (note 11), art. 173 N 101; Hurtado Pozo (note 10), N 2045; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 12.

84 ATF 135 IV 177 c. 4; ATF 131 IV 154 c. 1.3.1; ATF 118 IV 175 c. 1c; ATF 116 IV 211 c. 4a; ATF 69 IV 114; TF, 6B_1254/2019, 16.3.2020, c. 7; ACPR-GE, 406/2022, 9.6.2022, c. 4.2-3; Corboz (note 11), art. 173 N 109.

85 ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.6.e.

86 Brambilla (note 64), N 24; Clémence Demay, Le droit face à la désobéissance civile: quelle catégorisation pour un «objet juridique indéterminé»? ex ante 1/2023, 76 ss, 78; Bertrand Perrin, La conséquence sur la punissabilité d'une atteinte disproportionnée à un droit fondamental, RDS 2024, 283 ss, 308.

87 TF, 6B_650/2022, 12.12.2024, c. 4.3.3 s..

88 Cf. chapitre 3.2.

89 Perrin (note 86), 308.

90 Cf. chapitre 3.2.4.

91 Cf. chapitre 3.1.

92 CourEDH, Rumjana Ivanova c. Bulgarie, requête n° 36207/03, 14.5.2008, par. 39; McGonagle/McGonagle/Ó Fathaigh (note 28), 52.

93 CourEDH, Kasabova c. Bulgarie, requête n° 22385/03, 19.4.2011, par. 61; CourEDH, Steel et Morris c. Royaume-Uni, requête n° 68416/01, 15.5.2005, par. 95; McGonagle/McGonagle/Ó Fathaigh (note 28), 52 s..

94 CourEDH, N.S. c. Croatie, requête n° 36908/13, 10.9.2020, par. 78.

95 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 54.

96 CourEDH, Ormanni c. Italie, requête n° 30278/04, 17.10.2007, par. 62.

97 CourEDH, Kasabova c. Bulgarie, requête n° 22385/03, 19.4.2011, par. 61; McGonagle/McGonagle/Ó Fathaigh (note 28), 53.

en fonction de sa nécessité à permettre à la personne s'exprimant d'assurer sa défense.⁹⁸

L'enjeu le plus important réside donc dans l'examen de proportionnalité du niveau de preuve exigé.⁹⁹ Le CourEDH exige la prise en compte des facteurs suivants: le type de fait à prouver (3.2.1), les intérêts protégés (3.2.2), les conséquences de l'atteinte à l'honneur (3.2.3) et la gravité de l'atteinte portée à la liberté d'expression (3.2.4).¹⁰⁰

3.2.1 Le type de fait à prouver

La personne s'exprimant peut amener la preuve de la vérité ou la preuve des raisons sérieuses qu'elle a eues de tenir ses allégations de bonne foi pour vraies.

La preuve de la vérité implique d'établir les faits allégués.¹⁰¹ La personne s'exprimant peut se fonder sur des éléments dont elle n'avait pas connaissance au moment où elle a tenu la déclaration litigieuse, par exemple un jugement condamnant la personne diffamée postérieur à la déclaration.¹⁰² Lorsque la déclaration est un soupçon, la preuve ne peut pas être amenée en prouvant uniquement les indices.¹⁰³

Lorsque la déclaration consiste en l'allégation de la commission d'une infraction, la personne s'exprimant doit, en principe, apporter la preuve de la condamnation pénale de la personne visée.¹⁰⁴ Cette exigence s'explique par l'économie des procédures et dans le but d'éviter les jugements contradictoires. Les autorités suisses exigent donc que la personne s'exprimant agisse par la voie pénale et attende le verdict pour pouvoir amener la preuve de la vérité.¹⁰⁵

Cette exigence est nuancée lorsque les faits sont prescrits,¹⁰⁶ peuvent être considérés comme un motif de révision¹⁰⁷ ou que la procédure portant sur l'accusation est suspendue dans l'attente de l'issue de la procédure en diffamation.¹⁰⁸ Elle est nuancée, de plus, car elle ne s'applique qu'à la preuve de la vérité. La preuve de la bonne foi reste, elle, ouverte.¹⁰⁹ En effet, la Cour-

EDH précise que la bonne foi de la personne s'exprimant ne peut pas être exclue en raison de l'absence de dépôt d'une plainte pénale.¹¹⁰ Stratenwerth et Bommer relativisent finalement ces affirmations en rappelant que cette disposition ne dispense pas les juges de leur devoir de rechercher la vérité matérielle.¹¹¹

La preuve de la bonne foi se distingue de la preuve de la vérité, puisqu'il s'agit de se demander si la personne s'exprimant avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi pour vraies ses accusations, au moment où la personne a tenu les propos.¹¹² Les moyens de preuves découverts postérieurement ne peuvent donc pas être invoqués.¹¹³ Il s'agit d'une exception à l'interdiction d'alléguer publiquement des faits qui ne sont pas prouvés,¹¹⁴ qui implique un devoir de prudence et de diligence,¹¹⁵ soit d'«entreprendre les démarches qu'on peut raisonnablement attendre [de la personne s'exprimant], compte tenu des circonstances et de sa situation personnelle, pour se convaincre de la vérité des allégations qu'elle s'apprête à exprimer».¹¹⁶

La difficulté à établir la véracité de certains faits doit être prise en compte, comme par exemple, dans les cas de maltraitances envers les enfants.¹¹⁷ Dans le cas M.P. c. Finlande, la CourEDH a pris en compte une erreur de procédure. L'enfant n'avait pas été entendu par les autorités, alors que cela aurait été possible, dans la procédure ouverte suite à la première dénonciation de la mère. Pour la Cour, cela justifie la bonne foi de la mère, lors de sa deuxième accusation, malgré le fait que cette accusation soit postérieure au classement de l'enquête ouverte suite à sa première accusation.¹¹⁸

De plus, concernant les violences sexuelles, la CourEDH a souligné la difficulté de prouver un événement s'étant déroulé sans témoin, dans un cas d'harcèlement sexuel au travail.¹¹⁹ Plusieurs tribunaux cantonaux et de première instance ont également reconnu que cette difficulté devait être prise en compte en lien avec la bonne foi dans des affaires de viol, car l'absence de preuve objective s'explique par la nature de l'infraction, nommée «délit entre quatre yeux» et non par le dessein de nuire de la personne s'exprimant.¹²⁰ De plus, «il n'est pas rare que le ressenti d'une personne qui s'adresse à la justice en se prétendant victime d'une agression sexuelle ne soit pas le même que celui de l'agresseur supposé, qui partait de l'idée que

98 CourEDH, Steel et Morris c. Royaume-Uni, requête n° 68416/01, 15.5.2005, par. 95; CourEDH, McVicar c. Royaume-Uni, requête n° 46311/99, 7.7.2002, par. 53.

99 Perrin (note 86), 306.

100 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 46; CourEDH, RTBF c. Belgique (N° 2), requête n° 417/15, 13.3.2023, par. 49; CourEDH, Egill Einarsson c. Islande, requête n° 24703/15, 7.2.2018, par. 39.

101 ATF 124 IV 149 c. 3a; ATF 102 IV 176 c. 1.b; Corboz (note 11), art. 173 N 66; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 18.

102 ATF 122 IV 311 c. 2; Corboz (note 11), art. 173 N 69; Donatsch (note 44), 405; PC CP (note 13), art. 173 N 33; Hurtado Pozo (note 10), N 2067; CR CPII-Rieben/Mazou (note 37), art. 173 N 28.

103 ATF 102 IV 176 c. 1b-d; Corboz (note 11), art. 173 N 67; Donatsch (note 44), 405; CR CPII-Rieben/Mazou (note 37), art. 173 N 27; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 18.

104 ATF 132 IV 112 c. 4.2; ATF 116 IV 31 c. 4; ATF 109 IV 36 c. b; ATF 106 IV 115 c. 2b-e; Corboz (note 11), art. 173 N 70; Corboz (note 71), 657; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 15.

105 Corboz (note 71), 657.

106 ATF 109 IV 36 c. 3b; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 17.

107 ATF 132 IV 112 c. 4.3; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 17.

108 ATF 132 IV 112 c. 4.2; BSK StGB II-Riklin (note 9), art. 173 N 17.

109 ATF 101 IV 292 c. 5; Stratenwerth/Bommer (note 52), par. 11 N 39.

110 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 52.

111 Stratenwerth/Bommer (note 52), par. 11 N 41.

112 ATF 102 IV 176 c. 1c; Corboz (note 71), 658.

113 Ibidem.

114 Hurtado Pozo (note 10), N 2070.

115 Ibidem.

116 Ibidem.

117 CourEDH, Juppala c. Finlande, requête n° 18629/03, 2.3.2009, par. 42.

118 CourEDH, M.P. c. Finlande, requête n° 36487/12, 15.3.2017, par. 57-59.

119 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 52.

120 ACPR-GE, 23/2024, 16.1.2024, c. 5.4.

les relations sexuelles incriminées étaient consenties». ¹²¹ Pour ces raisons, l'absence d'intention établie de l'auteur-riche des violences ne peut mener à exclure la bonne foi de la personne s'exprimant. ¹²² Enfin, la personne alléguant avoir subi des violences a des raisons sérieuses de les tenir pour vraies; elle les a vécues.

3.2.2 Les intérêts protégés

Les intérêts d'une personne s'exprimant en qualité de victime et pas de lanceur-euse d'alerte ne s'examinent pas sous l'angle des intérêts publics en jeu, ¹²³ mais plutôt à la lumière de «la nécessité, au regard de l'art. 10 CEDH, d'apporter la protection appropriée aux personnes dénonçant les faits de harcèlement moral ou sexuel dont elles s'estiment les victimes». ¹²⁴ Dans les cas de récit auprès des autorités pénales ou administratives, l'intérêt est le besoin de protection. ¹²⁵

Lorsque le propos est tenu devant une large audience, notamment par l'appel à la vigilance face à un danger, la jurisprudence reconnaît parfois que la thématique touche une question d'intérêt général, par exemple, pour celle liée aux maltraitements envers les enfants. ¹²⁶ Dans l'arrêt N.S. c. Croatie, la CourEDH reproche l'absence de prise en compte par les autorités nationales des intérêts publics que la personne s'exprimant publiquement visait à protéger en soulignant les dysfonctionnements des services de protection sociale. ¹²⁷

Le récit de violences sexistes et sexuelles peut aussi reposer sur un besoin de protection face aux violences subies. ¹²⁸ Lorsque la dénonciation est faite auprès des autorités pénales et administratives, les dénonciateur-ices agissent pour sauvegarder des intérêts légitimes. ¹²⁹ Lorsque l'accusation est tenue publiquement, la participation à un débat d'intérêt général peut être reconnue, en raison de la contribution de cette accusation à la lutte contre les violences perpétrées contre les enfants. Nous défendons, en raison de leurs divers points communs développés ci-dessus et ci-dessous, ¹³⁰

l'idée que la participation à un débat d'intérêt général lors d'accusations publiques de violences sexistes et sexuelles commises sur des personnes majeures doit aussi être reconnue et justifie donc un intérêt public accru à la protection de ces discours.

3.2.3 Les conséquences de l'atteinte à l'honneur

Pour déterminer les effets des propos de la personne s'exprimant, la CourEDH précise qu'il faut distinguer son intention de celle d'autres personnes ayant diffusé l'information, par exemple, l'époux de la personne s'exprimant ou des journalistes. ¹³¹

Une grande importance est donnée par la CourEDH au nombre de personnes ayant reçu le propos et au nombre de fois où celui-ci a été diffusé. Par exemple, répéter huit fois un propos peut justifier sa répression en raison du grand impact sur l'honneur d'une telle diffusion. ¹³² À l'inverse, le faible impact sur l'honneur, par exemple, d'un contenu ne durant que quelques secondes dans un reportage de 52 minutes, ¹³³ d'un seul appel téléphonique confidentiel avec une assistante sociale ¹³⁴ ou d'un e-mail adressé uniquement à six personnes ¹³⁵ sera pris en compte par la CourEDH, qui dans ces trois cas a admis la protection de l'art. 10 CEDH. ¹³⁶ Dans ce sens, les propos confiés à un-e confident-e nécessaire doivent profiter de cette prise en compte du faible impact sur la réputation d'une telle communication. ¹³⁷

3.2.4 La gravité de l'atteinte portée à la liberté d'expression

Les effets sur la liberté d'expression doivent également être mis en balance dans l'examen de la proportionnalité. La CourEDH prend en considération: le montant total devant être versé, le coût du procès, les ressources personnelles et le salaire moyen dans l'État membre. ¹³⁸ Elle prend aussi en compte l'existence d'un *chilling effect*, un effet dissuasif, c'est-à-dire une atteinte indirecte aux droits fondamentaux, par le risque d'autocensure provoqué par la restriction envisagée. ¹³⁹ La CourEDH admet de manière très restric-

¹²¹ Tarr-Lausanne, PE. 18.009084, 13.2.2023, c. 4; dans le même sens ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.6.a.

¹²² Tarr-Lausanne, PE. 18.009084, 13.2.2023, c. 4; ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.6.a.

¹²³ CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 50.

¹²⁴ Ibidem, par. 52.

¹²⁵ ATF 116 IV 205 c.3c; TPI-JU, 193/2021, 1.3.2023, c. 4.8.1; ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.6.a; ACPR-GE, 23/2024, 16.1.2024, c. 5.4; PC CP (note 13); art. 173 N 38; Hurtado Pozo (note 10), N 2074.

¹²⁶ CourEDH, RTBF c. Belgique (N° 2), requête n° 417/15, 13.3.2023, par. 56; CourEDH, N.S. c. Croatie, requête n° 36908/13, 10.9.2020, par. 94, 108; CourEDH, De Haes et Gijssels c. Belgique, requête n° 19983/92, 24.2.1997, par. 39.

¹²⁷ CourEDH, N.S. c. Croatie, requête n° 36908/13, 10.9.2020, par. 114.

¹²⁸ CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 52.

¹²⁹ ATF 116 IV 205 c.3c; TPI-JU, 193/2021, 1.3.2023, c. 4.8.1; ARMP-NE, 2022.49, 8.7.2022, c. 5.6.a; ACPR-GE, 23/2024, 16.1.2024, c. 5.4; Bohnet/Melcarne (note 23), 371; PC CP (note 13); art. 173 N 38; Hurtado Pozo (note 10), N 2074.

¹³⁰ Cf. chapitre 3.2.1. et 3.2.4.

¹³¹ CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 53.

¹³² CourEDH, SC ABB Trading SRL et Vasile Dragomir c. Roumanie, requête n° 54372/07, 12.3.2013, par. 7.

¹³³ CourEDH, RTBF c. Belgique (N° 2), requête n° 417/15, 13.3.2023, par. 62.

¹³⁴ CourEDH, M.P. c. Finlande, requête n° 36487/12, 15.3.2017, par. 58.

¹³⁵ CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 53.

¹³⁶ CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 53; CourEDH, RTBF c. Belgique (N° 2), requête n° 417/15, 13.3.2023, par. 62; CourEDH, M.P. c. Finlande, requête n° 36487/12, 15.3.2017, par. 58.

¹³⁷ Cf. chapitre 2.2.2.

¹³⁸ CourEDH, Kasabova c. Bulgarie, requête n° 22385/03, 19.4.2011, par. 71; McGonagle/McGonagle/Ó Fathaigh (note 28), 62.

¹³⁹ CR Cst-Dubey (note 69), art. 190 N 39; Gaspard Genton Gaspard/Pascal Favrod-Coune, Liberté d'expression et répression pénale, SJ 2022, 623 ss, 642; Giorgio Malinverni/Michel Hottelier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger, Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2021, N 673.

tive des sanctions en cas de risque de *chilling effect* lorsque les propos portent sur des débats d'intérêts généraux.¹⁴⁰

Dans les arrêts M.P. c. Finlande et Juppala c. Finlande, la CourEDH souligne que dans le contexte des maltraitements envers les enfants, les personnes ayant des doutes sur de telles maltraitements ne doivent pas être effrayées par le risque d'être attaquées en justice lorsqu'elles souhaitent dénoncer ces faits aux professionnels de la santé ou aux services sociaux.¹⁴¹

La CourEDH a affirmé dans l'arrêt RTBF c. Belgique que la sanction très légère d'un euro symbolique de dommage pour tort moral dans une procédure de droit civil pouvait avoir un effet dissuasif.¹⁴² Dans l'arrêt Allée c. France, au moment de qualifier la gravité de la sanction imposée à Mme Allée, la CourEDH affirme que EUR 550 d'amende et EUR 2000 de frais de justice ne représentent pas une sanction particulièrement sévère,¹⁴³ mais qu'«[u]ne telle condamnation comporte, par nature, un effet dissuasif susceptible de décourager les intéressé[e-s] de dénoncer des faits aussi graves que ceux caractérisant, à leurs yeux, un harcèlement moral ou sexuel».¹⁴⁴

Selon nous et sur la base de l'arrêt Allée c. France, un parallèle peut être fait entre l'importance d'offrir la possibilité de dénoncer des maltraitements envers des enfants sans crainte de sanctions pénales et l'importance de pouvoir faire de même pour les autres formes de violences sexistes et sexuelles.

Dans le contexte des violences sexistes et sexuelles, le niveau de preuve exigé doit donc être réduit lorsque les faits sont difficiles à établir. Dans l'examen de la bonne foi, les autorités doivent aussi prendre en compte la perception différente que peuvent avoir deux personnes concernées par une même relation sexuelle. De plus, le nombre de destinataires influence le niveau d'exigence de la preuve. Finalement, l'intérêt à s'exprimer et l'effet dissuasif d'une condamnation doivent également mitiger ce niveau de preuve exigé.

4. Conclusion

Certaines accusations de violences sexistes et sexuelles sont typiques de l'infraction de diffamation. La grande majorité des violences sexistes et sexuelles, lorsqu'elles

prennent la forme d'une accusation nominative, sont diffamantes. Nous défendons qu'un renvoi aux définitions du droit pénal ne doit pas être automatique, mais doit uniquement avoir lieu lorsqu'il est fait par les destinataires du propos diffamant. Nous pensons également qu'une attention particulière doit être portée à la qualité des destinataires des accusations, par exemple quand il-elle est avocat·e.

Les critères développés par la CourEDH et les tribunaux cantonaux offrent des repères pour garantir un recours proportionné aux preuves libératoires. Dans ce contexte, le niveau de preuve exigé doit être adapté, lorsque les faits allégués sont difficiles à établir, notamment lorsqu'ils se sont déroulés entre «quatre yeux». Il doit également tenir compte des perceptions différentes que peuvent avoir deux personnes impliquées dans une même relation sexuelle. Par ailleurs, le nombre de destinataires influence aussi le niveau de preuve requis. Lorsque l'accusation contribue à la protection d'une victime ou à la lutte contre ces violences, ces intérêts doivent être pris en considération. Quand ces intérêts sont en jeu, le *chilling effect* doit être évité pour permettre l'expression de ces propos à l'avenir.

Il convient cependant de rappeler que la diffamation est une infraction poursuivie sur plainte, ce qui limite le nombre de récits poursuivis. La protection de la liberté d'expression est un enjeu majeur. La diffamation ne doit pas devenir un moyen de réduire au silence les victimes de violences sexistes et sexuelles. Le risque d'une utilisation abusive de cette infraction est réel si les exigences en matière de preuve de la vérité et de la bonne foi sont trop strictes et ne prennent pas en compte les spécificités des faits se cachant derrière ces accusations.

Une atténuation de ces exigences est non seulement possible, mais reconnue par la jurisprudence cantonale et celle de la CourEDH. En effet, les violences sexistes et sexuelles sont si difficiles à établir qu'admettre les récits nommant l'auteur·rice de ces violences uniquement quand elles peuvent être prouvées dans un jugement pénal reviendrait à empêcher une grande partie de ces récits d'exister. Nous espérons que la jurisprudence fédérale suivra les éléments pertinents développés par la jurisprudence cantonale et par la CourEDH.

140 McGonagle/McGonagle/Ó Fathaigh (note 28), 25; cf. chapitre 3.2.2.

141 CourEDH, M.P. c. Finlande, requête n° 36487/12, 15.3.2017, par. 55; CourEDH, Juppala c. Finlande, requête n° 18629/03, 2.3.2009, par. 42 s.

142 CourEDH, RTBF c. Belgique (N° 2), requête n° 417/15, 13.3.2023, par. 79.

143 CourEDH, Allée c. France, requête n° 20725/20, 18.4.2024, par. 54.

144 Ibidem.