



HAL
open science

”A propos du nouvel article 223-1-1 du code pénal”

Evan Raschel

► **To cite this version:**

Evan Raschel. ”A propos du nouvel article 223-1-1 du code pénal”. Légipresse: l’actualité du droit des médias, de la communication et des réseaux sociaux, 2021, n° 397, p. 528. hal-03456655

HAL Id: hal-03456655

<https://uca.hal.science/hal-03456655>

Submitted on 30 Nov 2021

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

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

A propos du nouvel article 223-1-1 du Code pénal

Evan RASCHEL, Professeur à l'Université Clermont Auvergne, Directeur du Centre de recherches Michel de l'Hospital EA 4232

La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République a créé un nouvel article au sein du Code pénal, incriminant la diffusion d'éléments d'identification ou de localisation d'une personne aux fins de l'exposer à un risque direct que l'auteur ne pouvait ignorer. S'il s'agit d'une incrimination véritablement novatrice au regard du comportement visé, ses différentes conditions d'application, spécialement son élément moral, devraient entraîner sa très faible effectivité.

Chacun se souvient du terrible assassinat dont a été victime le professeur Samuel Paty, et des difficultés de qualification juridique des messages malsains et nauséabonds qui ont permis à un déséquilibré de se mettre sur la trace de celui qui était présenté (par ailleurs à tort) comme un blasphémateur. Il aura fallu moins d'un an au législateur pour réagir en incriminant spécialement le comportement correspondant, par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République¹, instituant le nouvel article 223-1-1 du Code pénal².

Commentons d'abord ce choix de la place occupée par la nouvelle incrimination (I), avant d'en détailler sa teneur (II) puis son régime répressif (III).

I. La place de l'incrimination

La place du nouveau texte au sein du Code pénal est assez logique : il intègre le chapitre consacré à « la mise en danger de la personne » - nous verrons qu'il s'agit effectivement de cela - , entre deux textes incriminant d'autres actions³ créant volontairement une situation dangereuse, soit l'exposition d'autrui à un risque (article 223-1) et le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger (article 223-3).

Ce qui mérite davantage l'attention est le choix du législateur d'incriminer ce comportement dans le Code pénal, plutôt que dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui aurait tout aussi légitimement pu accueillir le délit, puisqu'est puni « le fait de révéler, de diffuser ou de transmettre » certaines informations, l'hypothèse d'une publication « par voie de presse écrite ou audiovisuelle ou de communication au public en ligne » étant expressément envisagée⁴.

Cette option qui était offerte au législateur confirme cette complexe dualité : la responsabilité pénale spécifique en droit de la presse, essentiellement issue de la loi du 29 juillet 1881, n'a jamais été conçue comme exclusive du droit commun, qui sanctionne également certaines expressions et communications abusives, et qui existait d'ailleurs avant 1881 et perdure aujourd'hui⁵. Le législateur lui-même paraît parfois s'y perdre : qu'on se souvienne de la tentative de pénaliser la diffusion malveillante d'images des forces de l'ordre (article 24 de la proposition de loi « Sécurité globale ») qui devait figurer dans la loi sur la presse, avant que la même proposition de loi ne privilégie l'incrimination, dans le Code pénal cette fois⁶, de la provocation, dans le but manifeste

¹ V. not., à son sujet : E. Dreyer, L'apport de la loi confortant le respect des principes de la République au droit de la communication : JCP G 2021, n° 36, 890.

² La loi, plus sévère, est évidemment inapplicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur (26 août).

³ Des omissions sont incriminées par d'autres textes (voir not., les art. 223-6 et 223-7 CP).

⁴ Art. 223-1-1, dernier alinéa (voir infra, III).

⁵ V. par ex., les art. 223-13 à 223-15, 227-17 à 227-21, 227-27, 413-3, 431-6, 434-24, 434-25 CP...

⁶ Art. 226-4-1-1 CP (sic) proposé.

qu'il soit porté atteinte à leur intégrité physique ou psychique, à l'identification des forces de l'ordre en opération... avant que le Conseil constitutionnel constate finalement sa méconnaissance du principe de légalité⁷.

Ces frontières imprécises sont regrettables, tant les enjeux sont fondamentaux. En effet, si l'incrimination est assimilée au droit commun et comprise dans le Code pénal, elle n'est pas soumise au régime dérogatoire de la loi de 1881 mais à celui, classique, issu des Codes pénal et de procédure pénale. Tel est donc le cas du nouvel article 223-1-1 (sous réserve de la détermination des personnes responsables⁸). En matière délictuelle, cela signifie par exemple que les délits sont soumis au délai de prescription de droit commun, soit six ans... au lieu de trois mois : la différence n'est ni symbolique ni anecdotique, elle est considérable, notamment dans la pratique judiciaire. Relevons cependant que la répression tend parfois à s'harmoniser⁹. Ainsi la loi commentée du 24 août 2021 modifia également le régime de poursuite applicable aux délits de provocations directes non suivies d'effet, d'apologie, de provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence, de contestation de crime contre l'humanité ou d'injure à connotation discriminatoire, afin de permettre le recours aux procédures de comparution immédiate et de convocation sur procès-verbal qui étaient jusqu'alors exclues¹⁰.

II. Le contenu de l'incrimination

La construction et la portée réelle de l'incrimination sont tout en nuances : si son élément matériel paraît large (A), les exigences requises au titre de l'élément moral devraient entraîner une très large inapplication du délit (B).

A. Un élément matériel extensif

Le comportement matériel incriminé consiste dans « le fait de révéler, de diffuser ou de transmettre, par quelque moyen que ce soit », certaines informations. C'est peut-être la largesse¹¹ de cet élément qui a conduit le législateur à préférer inscrire le texte au sein du Code pénal. En effet, si la révélation ou la diffusion notamment, peuvent avoir lieu par voie de presse (au sens large, comprenant les moyens de communication électronique), elles peuvent en réalité, de même que la transmission d'informations, se faire « par quelque moyen que ce soit », y compris de personne à personne (à l'oral ou à l'écrit), sans aucune publicité.

La révélation est un concept connu du droit pénal, utilisé principalement par l'incrimination de la violation du secret professionnel¹², qui suppose que les informations litigieuses aient été jusqu'ici tenues secrètes. Mais l'éventuel secret est indifférent au regard de l'article 223-1-1 du Code pénal, puisque la diffusion et la transmission pourront tout à fait avoir pour objet des informations précédemment révélées, auxquelles elles donneront de l'ampleur.

⁷ Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, §§ 158 à 164. La loi a donc été promulguée sans ce délit (loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés).

⁸ Voir infra, III.

⁹ V. J.-B. Thierry, La normalisation de la procédure : AJ Pénal, novembre 2021, à paraître.

¹⁰ Art. 397-6, al. 2 CPP.

¹¹ Malgré tout, « cette infraction est définie, tant dans son élément matériel que dans son élément moral, en termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits et des peines » (Conseil constitutionnel, 13 août 2021, n° 2021-823 DC, § 60 in fine).

¹² Art. 226-13 CP.

Cette communication est illicite si elle porte sur « des informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne permettant de l'identifier ou de la localiser ». Le texte, évidemment, renvoie aux conditions de l'assassinat de Samuel Paty, et pourrait être rapidement appliqué à certaines publications sur internet relatives à « Mila », cette jeune femme cyber-harcelée et menacée de mort à grande échelle après avoir tenu des propos insultants sur l'islam. Mais bien d'autres hypothèses pourraient être concernées. Il n'est pas impossible, d'ailleurs, que l'article 223-1-1 puisse servir à réprimer certaines révélations malveillantes d'éléments d'identification des forces de l'ordre, et pallier ainsi l'échec de l'article 24 de la loi « Sécurité globale » (voir supra)¹³. Cette possibilité a été soulignée par les députés auteurs d'une saisine a priori du Conseil constitutionnel, qui s'interrogeaient sur une éventuelle atteinte à la liberté d'expression – sans convaincre sur ce point les membres du Conseil¹⁴.

Relevons enfin que la révélation d'informations est suffisante : aucun jugement de valeur visant la victime (négatif, par hypothèse : principalement des injures et diffamations) ne doit impérativement l'accompagner. Le Professeur Dreyer suggère que cette absence d'exigence a été faite pour éviter tout conflit avec le droit de la presse¹⁵. Quoi qu'il en soit, une divulgation d'informations sans appréciation ni connotation particulière peut-elle vraiment exposer autrui au « risque direct » d'une atteinte ? Surtout, comment pourra-t-on en déduire l'intention de l'auteur d'exposer ainsi directement autrui à un attentat qu'il « ne pouvait ignorer » ?

B. Un élément moral restrictif

L'élément moral exigé par le texte est original. Au-delà de la seule conscience de diffuser des informations permettant l'identification ou la localisation de la personne (dol général), l'auteur doit avoir pour « fins de l'exposer ou d'exposer les membres de sa famille à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens que l'auteur ne pouvait ignorer ».

Voilà donc l'objet de l'intention de l'auteur : exposer directement quelqu'un (ou ses biens) à un risque d'atteinte. Dans le cas de l'article 223-1-1 comme dans celui de l'article 223-1 (exposition d'autrui à un risque), l'auteur adopte volontairement un comportement en acceptant l'éventualité qu'il cause un dommage (dol éventuel). Mais l'intention de l'auteur du délit commenté est plus grave : non seulement il accepte l'exposition d'autrui à un risque, mais il la désire. Il s'agit d'une nouvelle illustration d'une « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » (l'expression est celle de l'article 121-3, alinéa 2 du Code pénal), qui confine ici au dol spécial. Mais sans pouvoir lui être assimilée. En effet, le texte ne va pas jusqu'à exiger la démonstration de l'intention que ce risque se réalise¹⁶.

Quoi qu'il en soit, cet élément moral est suffisamment restrictif pour imaginer que l'infraction sera peu souvent appliquée. Il ne suffira pas de démontrer le caractère malveillant des révélations d'informations, il faudra établir positivement la volonté d'exposer la personne à un danger « direct », « que l'auteur ne pouvait ignorer ». Dans ces conditions, la nouvelle infraction aurait-elle pu être appliquée aux messages nauséabonds relayés dans l'affaire « Paty » ? Peut-on

¹³ Il compléterait alors une disposition préexistante de la loi sur la presse, qui incrimine « Le fait de révéler, par quelque moyen d'expression que ce soit, l'identité [ou autres éléments permettant l'identification : Cass. Crim., 12 déc. 2017, n° 17-80821] des fonctionnaires de la police nationale, de militaires, de personnels civils du ministère de la défense ou d'agents des douanes appartenant à des services ou unités désignés par arrêté du ministre intéressé et dont les missions exigent, pour des raisons de sécurité, le respect de l'anonymat » (art. 39 sexies, l'arrêté mentionné est celui du 7 avr. 2011).

¹⁴ Conseil constitutionnel, 13 août 2021, n° 2021-823 DC, § 57 et § 62.

¹⁵ Art. préc.

¹⁶ Contrairement, par exemple, au « mandat criminel » (art. 221-5-1 CP).

réellement caractériser cette intention en présence d'un risque indéterminé, diffus, l'atteinte pouvant par ailleurs être causée par un tiers inconnu de l'auteur ?

Deux imprécisions dommageables doivent enfin être mentionnées.

En premier lieu, le risque direct est celui d'une « atteinte à la personne ou aux biens ». Toutes les atteintes sont donc concernées, quelle que soit leur nature (y compris, par exemple, les atteintes sexuelles) et quelle que soit leur gravité. Les députés, auteurs de la saisine précitée, insistaient d'ailleurs sur ce point, en estimant que le délit portait « atteinte au principe de proportionnalité des peines en punissant de la même manière les risques d'atteinte aux personnes et aux biens » - ce à quoi le Conseil répondit que « le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée au regard de la nature du comportement réprimé »¹⁷. Sans doute aurait-il malgré tout fallu délimiter davantage le danger auquel la victime est exposée, en reprenant par exemple le modèle du délit d'omission d'empêcher une infraction, qui renvoie à « un crime, [ou] un délit contre l'intégrité corporelle de la personne »¹⁸.

En second lieu, le risque vise la personne ou « les membres de sa famille ». Cette expression est surprenante : par le passé, le Conseil constitutionnel a censuré la qualification d'inceste précisément parce qu'elle faisait référence à des infractions commises « au sein de la famille » sans davantage de précision, au mépris du principe de légalité « matérielle »¹⁹. Comme le législateur l'a fait depuis pour l'inceste, il aurait convenu d'établir une liste précise, en reprenant par exemple celle, préexistante, en matière de violences²⁰.

III. Le régime de la répression

Relevons tout d'abord que les peines principales envisagées²¹ sont de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende, pouvant être portées à cinq ans et 75.000 euros lorsque les faits sont commis au préjudice : d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif public ; d'un journaliste²² ; d'une personne mineure ; ou d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur²³.

Relevons ensuite qu'un régime spécifique de responsabilité est institué lorsque les faits sont commis par voie de presse écrite ou audiovisuelle ou de communication au public en ligne : alors, « les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables »²⁴. Cette formule, fréquente dans le Code pénal²⁵, renvoie au principe d'exclusion de la responsabilité pénale des personnes morales²⁶ et, surtout, à un régime très original de responsabilité des personnes physiques, généralement

¹⁷ Conseil constitutionnel, 13 août 2021, n° 2021-823 DC, § 57 et § 61.

¹⁸ Art. 223-6, al. 1^{er} CP.

¹⁹ Conseil constitutionnel, 17 février 2012, n° 2011-222 QPC.

²⁰ V. par ex. : l'art. 222-8, 4^o ter CP.

²¹ Aucune peine complémentaire n'est encourue.

²² Au sens du deuxième alinéa de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881.

²³ Art. 223-1-1, al. 2 à 4 CP.

²⁴ Art. 223-1-1, al. 5 CP.

²⁵ Art. 421-2-5, al. 3 CP ; art. 227-24 CP ; art. 226-2, al. 2 CP ; art. 434-16, al. 2 CP ; art. 434-25, al. 3 CP ; art. 223-15 CP ; art. 226-8, al. 2 CP ; art. 433-10, al. 2 CP ; art. 227-28 CP ; art. 412-8, al. 3 CP ; art. 413-3, al. 2 CP ; art. 413-4, al. 2 CP.

²⁶ Art. 43-1 de la loi du 29 juillet 1881 et 93-4 de la loi du 29 juillet 1982.

désigné sous l'appellation de responsabilité « en cascade »²⁷. Cette précision confirme l'appréhension délicate de ce type d'incrimination, à mi-chemin entre droit de la presse et droit commun.

Partant, la place de l'incrimination, dans le Code plutôt que dans la loi sur la presse (voir supra), n'a aucune conséquence sur le régime de responsabilité, mais conserve tout son intérêt au regard du régime procédural²⁸.

²⁷ Sur lequel, v. par ex. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2020, n° 332.00 et s.

²⁸ Sur lequel, voir E. Raschel, *La procédure pénale en droit de la presse* : Lextenso, coll. Guide pratique, 2019.