Le Droit à l'information face au secret de l'enquête et de l'instruction : une meilleure alchimie est t'elle envisageable?¹

**Par Stéphane de CARO.
Etudiant de l'IREDIC.**

« En Amérique comme en France, la presse est cette puissance extraordinaire si étrangement mélangée de biens et de maux que sans elle la liberté ne saurait vivre, et qu'avec elle l'ordre peut à peine se maintenir. »
Tocqueville. De la démocratie en Amérique.

Les dernières affaires d'Outreau, du bagagiste de Roissy ou d'AZF, pour ne citer qu'elles, prouvent sans équivoque que les médias en général, et la presse en particulier, entretiennent des rapports délicats avec la justice. Par justice ici, on entend policiers, avocats et magistrats.

Ces acteurs de la sphère judiciaire et médiatique obéissent à des logiques différentes. Le travail judiciaire consiste à se prononcer sur la culpabilité et la peine à partir d'éléments à charge obtenus lors d'une enquête qui s'avère parfois longue et difficile et dans un cadre procédural strict. L'enquête judiciaire revêt une double contrainte : d'abord celle liée au « timing » imposé par le dossier. Puis, le besoin de confidentialité pour ne pas nuire aux intérêts de l'enquête. Le média doit pour sa part informer en diffusant le plus largement possible et en simplifiant parfois à outrance. Mathieu Aron, journaliste à *France Info* approuve ce décalage entre la justice et les médias : « Cette différence de rythme est nécessaire. Imaginons une société où il faille attendre que tout personne soit définitivement condamnée pour que l'on puisse évoquer un dossier. Viens le temps de l'enquête policière, celui de l'instruction, puis celui du premier procès et éventuellement du second. Qu'en serait-il si, pour ne pas dévoiler le moindre secret ou ne pas interférer dans l'enquête judiciaire, les journalistes se taisaient

¹ Le sujet de cette chronique et certains commentaires sont tirés de la revue *Légicom* n°33, 2005/1 (Victoires éditions). Il convient de s'y reporter pour voir le détail des débats.

et ne rendaient compte des jugements qu'au moment où ils deviendraient définitifs ? »²

Alors que la justice tente d'œuvrer dans la durée, certains médias ne recherchent que le court terme et le sensationnel : le « vu à la télé » remplace pour beaucoup le jugement d'une affaire. Cependant les médias intègres ont comme la justice, pour objectif, la manifestation de la vérité. Mais la vérité médiatique est t'elle vraiment similaire à la vérité judiciaire ? Bruno Thouzellier, magistrat, déclare «vérité médiatique est souvent vérité d'un jour. La vérité judiciaire devrait être la vérité de toujours³. »

Les moyens utilisés sont également sensiblement différents. La justice emploie des moyens coercitifs alors que la presse utilise souvent des informations détournées d'un dossier d'instruction, mène des enquêtes parallèles ou recueille des témoignages des acteurs de la procédure. Le constat est à la fois simple et édifiant : le secret de l'instruction n'existe plus dans les relations entre la presse, les enquêteurs, les magistrats et les avocats. Bruno Thouzellier affirme sans détours : « Aujourd'hui, le secret de l'instruction est un fantasme du Code de procédure pénale.⁴ ». Mathieu Aron confirme : « Dans le couloir d'une galerie d'instruction, le fait d'avoir un téléphone portable modifie tout. Les quelques minutes qui interviennent à ce moment-là jouent beaucoup dans la pratique journalistique.⁵ Il ajoute : « Ce n'est un secret pour personne que nous soyons prévenus des perquisitions parfois 48 heures à l'avance (...) Si nous faisons état de ces informations, nous pourrions changer le cours de l'histoire (...) les dérives sont relativement limitées.⁶ ». Ce système, bien qu'il favorise l'information du public, a aussi des effets pervers : les procès-verbaux qui arrivent en décalage, sont parfois dépassés voire erronés, au moment de leur diffusion par les journalistes. L'affaire Baudis illustre bien ce problème. C'est ce que Mathieu Aron appelle « l'illusion du direct⁷ ».

L'intitulé même de la chronique évoque un équilibre instable : celui de la difficile conciliation d'une part, du droit à l'information et plus largement de la liberté d'expression, et d'autre part du secret de l'enquête et de l'instruction qui permet d'éviter la disparition des preuves ; la concertation entre les intéressés et les pressions sur les témoins. Autour de ces deux notions gravitent un certain nombre d'autre concept comme le secret professionnel, le droit de réponse, la protection des sources d'information du journaliste et bien sur la présomption d'innocence.

² Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P14

³ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P8

⁴ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P8

⁵ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P14

⁶ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P14

⁷ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P15

Il s'agira dans un premier temps de rappeler la réglementation qui entoure toutes ces notions (I) puis d'évoquer dans un second temps l'éventualité d'une nouvelle loi sur le sujet (II).

1) Rappel des normes en vigueur.

Il existe un grand nombre de norme autour des concepts de Droit à l'information et de secret de l'enquête et de l'instruction. La déontologie ne semble pas permettre d'encadrer suffisamment les différents acteurs de la justice et des médias (A). Mais la loi, ainsi que d'autres textes, tentent d'assurer l'équilibre entre ces deux notions (B).

A) La déontologie et l'éthique : un garde fou inefficace ?

Chaque partie doit respecter les règles imposées par sa profession. Il existe des sanctions en cas de violation du secret de l'instruction ou de la présomption d'innocence. Nous analyserons donc successivement la situation de l'avocat, des policiers, des magistrats et des journalistes.

L'avocat se doit de défendre son client en utilisant la Loi dans toute sa plénitude. Il est confronté à la difficile nécessité de concilier l'intérêt général et l'intérêt individuel de son client. De plus, une jurisprudence constante de la Cour de cassation, considère qu'il n'est pas partie à la procédure pénale. En conséquence, l'article 11 du Code de procédure pénale, qui institue le secret de l'instruction, ne lui est pas opposable. Il faut donc se tourner vers la déontologie et le secret professionnel pour sanctionner les avocats indiscrets.

Le secret professionnel se veut « la pierre angulaire de la déontologie des avocats⁸ ». Depuis la loi du 31 décembre 1990 sur le statut de la profession d'avocat et ses décrets d'application, le secret professionnel est prévu par l'article 160 du décret du 27 novembre 1991. Il est important de comprendre que la relation avocat/client doit avant tout se baser sur un lien de confiance indéfectible. L'atteinte à ce secret par l'avocat est en conséquence, gravement sanctionnée au point de vue disciplinaire. L'avocat se doit de ne pas violer son secret mais peut également l'opposer aux tiers, y compris le juge, sauf quand il est lui-même mis en cause à l'occasion d'une infraction. L'avocat doit protéger le secret de toute atteinte qui pourrait lui être portée. Il est érigé dans l'intérêt du client et ne doit pas servir de protection pour l'avocat. L'avocat est seul juge de l'étendue de ce secret, qui s'avère relative suivant les affaires.

Il existe également un Code de déontologie européen qui a consacré le secret professionnel de l'avocat. Celui-ci sera donc apprécié de la même façon dans tous les barreaux de l'Union européenne. Ce Code ne s'applique que dans les

⁸ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P59

relations transfrontalières entre avocat et n'intervient pas en France directement. Il s'agit d'une convention, passée dans le cadre du Conseil des Barreaux⁹.

Considéré pendant longtemps comme un sanctuaire inaccessible, le cabinet de l'avocat est de plus en plus le théâtre de perquisition, malgré le secret professionnel. Auparavant, celles-ci pouvaient être opérées par un officier de police judiciaire, mais « les règles étaient scrupuleusement respectées ¹⁰ ». Désormais, le code de procédure pénale prévoit que seul un magistrat peut faire une perquisition dans un cabinet d'avocat. Mais selon ces derniers, les dérives sont nombreuses : « On a de temps en temps le sentiment que certaines perquisitions ne sont pas là pour rechercher le *corpus delicti* souhaité dans le dossier du juge d'instruction, mais que l'on va carrément à la pêche (...) C'est une très grave atteinte au secret professionnel¹¹ ».

Les policiers sont pour leur part, soumis à deux instances de contrôle. D'une part, l'Inspection générale de la police nationale et d'autre part, l'Inspection générale des services de justice qui, depuis la loi du 15 juin 2000, est compétente pour assurer le contrôle des OPJ¹² et APJ¹³. Le Code de déontologie de la police nationale¹⁴ et le Règlement général d'emploi¹⁵ sont ici les textes de référence. Ce dernier institue un silence total et imprescriptible qui continue même lorsque le policier est à la retraite.

Au niveau de la profession de **magistrat**, le juge d'instruction doit, notamment par le truchement de la présomption d'innocence, tout faire pour protéger les personnes et obtenir la manifestation de la vérité. Le serment des Magistrats impose de « *garder religieusement le secret des délibérés*¹⁶ ». Le statut des magistrats régi par l'ordonnance de 1958 ne prévoit cependant pas de secret professionnel. Ceux-ci sont soumis aux règles générales, afférentes au secret professionnel, du Code pénal¹⁷ et du Code de procédure pénale¹⁸. Le statut établit pourtant une faute disciplinaire qui sera sanctionnée par le Conseil supérieur de la Magistrature. Cela est rarement le cas dans les faits.

Pour ce qui concerne les **journalistes**, les chartes tiennent lieu de support pour la déontologie. On peut en recenser deux : l'une datant de 1918 et l'autre de 1971. Elles n'ont aucune valeur légale et ne peuvent donc pas entraîner de

⁹ Instance consultative auprès de l'Union Européenne.

¹⁰ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P61

¹¹ Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P61

¹² Officiers de police judiciaire

¹³ Auxiliaires de police judiciaire

¹⁴ Décret du 18 mars 1986.

¹⁵ Datant de 1995.

¹⁶ Le terme « religieusement » suscite un débat au sein de la profession.

¹⁷ Article 226-13 CP

¹⁸ Article 11 CPP

sanction juridique. Les principes énoncés par ces chartes sont cependant complètement intégrés par les entreprises de presse.

Après avoir étudié les règles relevant de la déontologie qui entourent les acteurs du procès et pu apprécier la relative inefficacité de celles-ci notamment pour ce qui concerne les magistrats et les journalistes, nous allons maintenant voir comment la Loi (accompagnée d'autres types de normes) tente de garantir un équilibre entre ces notions.

B) Un équilibre difficilement assuré par la Loi et d'autres textes.

Il est nécessaire de définir précisément la notion de Liberté d'expression et d'information. Le respect de celle-ci est garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de valeur constitutionnelle, qui dispose que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Cet article évoque un équilibre nécessaire entre la liberté et les restrictions qui peuvent lui être apportée. On retrouve ce même schéma dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lequel « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)* 2. *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique* » par exemple « *à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Face à ces règles, la Cour européenne des droits de l'homme est réputée pour son interprétation favorable à la liberté d'expression¹⁹.

La confrontation des notions de Droit à l'information et de secret de l'enquête ou de l'instruction a provoqué l'apparition d'autres concepts. Certains favorisent un plus grand respect de la liberté d'expression alors que d'autres la limitent.

Concepts défendant la liberté d'expression :

En plus d'une jurisprudence favorable, aussi bien nationale qu'européenne, la liberté d'expression et le droit à l'information sont défendus par la Loi et la Constitution.

¹⁹ [CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni](#)

Tout d'abord, il semble que les juges nationaux soient de plus en plus réticents à accorder aux individus qui ont été « *avant toute condamnation, présentés publiquement comme coupable* », la possibilité d'obtenir comme le prévoit l'article 9-1 du code civil, « *l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué* ». Les juges paraissent exiger plus de conditions que lors des premières affaires qu'ils ont eu à apprécier, ce qui équivaut à laisser à la presse et aux médias en général, une plus grande marge de manœuvre. Ainsi l'emploi des termes « *assassin présumé* » et « *investigateur et auteur présumé de ces assassinats* » ne caractérise pas pour autant l'atteinte à la présomption d'innocence. « *Le commentaire, portant sur des affaires judiciaires en cours, ne doit pas contenir de conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité d'une personne poursuivie pénalement*²⁰ ».

L'article 11 du code de procédure pénale ne prévoit de secret uniquement lors de la phase de procédure. Les journalistes qui ne sont pas tenus au secret professionnel, sont par conséquent libres de procéder à des enquêtes. Cependant ils ne doivent pas incorporer dans leurs articles des éléments de procédure. Certains avaient pensé pouvoir condamner les journalistes sur le fondement de la complicité de violation de l'obligation de secret ou comme receleurs de documents qui avaient été volés. Mais la Cour européenne des droits de l'homme a, dans un arrêt du 21 janvier 1999²¹, estimé que la condamnation de journaliste pour « *recel de photocopie (...) provenant de la violation du secret professionnel* » constituait une violation de l'article 10 de la CEDH.

La loi du 15 juin 2000 portant sur la présomption d'innocence, a néanmoins introduit dans l'article 11 du CPP un alinéa sur ce que l'on a appelé les « *fenêtres d'information* », qui dispose qu'« *afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble de l'ordre public, le procureur de la République peut (...) rendre publics des éléments tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause* ».

La loi Perben II du 9 mars 2004 a abrogé l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui interdisait « *de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile* ». La Cour européenne avait, dans un arrêt du 3 octobre 2000, considéré qu'il y avait violation de l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme.

La loi du 29 juillet 1881 dispose dans son article 13 que « *toute personne nommée ou désignées dans un journal ou écrit périodique* » peut user d'un droit de réponse. Les personnes mises en cause dans une affaire peuvent donner mandat explicite à leur avocat pour qu'il l'exerce. De plus, le particularisme de cette loi confère aux médias, un moyen de défense très commode.

²⁰Légipresse n°220, Avril 2005, TGI Paris, Ord.Ref, 05/01/05, D Hotyat c/France 3.

²¹[CEDH, 21 janvier 1999, Fressoz et Roire.](#)

En cas d'atteinte au droit à la vie privée ou bien au droit à l'image, tels qu'ils sont énoncés dans l'article 9 du Code civil, la jurisprudence aura tendance à être plus clément avec la presse, s'il s'agit d'un fait d'actualité. L'information, quand elle est « *légitime et qu'elle contribue de manière déterminante au débat d'intérêt général en question* »²² prend l'ascendant sur le droit à l'intimité de la vie privée. Cependant le droit à l'information ne saurait justifier la révélation d'information sans rapport avec l'actualité judiciaire et portant atteinte à la vie privée.

La mise en jeu de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil est dorénavant fermée, à partir du moment où la loi du 29 juillet 1881 trouve application. Les juges considèrent que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». ²³
La loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 dans son article 6-IV, institue également un droit de réponse destiné à « *toute personne nommée ou désignée dans une service de communication au public en ligne* ».

La liberté d'expression et le droit à l'information ont été également renforcés par la consécration d'un droit au secret des sources d'information du journaliste, en janvier 1993. Les articles 56-2 et 109 sont venus enrichir le code de procédure pénale. L'article 109 prévoit que « *tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine* ». Le contenu des informations n'est pas visé par cet article.

L'article 56-2, pour sa part, fixe la manière dont les perquisitions doivent être opérées, lorsque elles ont lieu « *dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle* ». Celles-ci « *ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information* ». La loi Perben II a également introduit des dispositions²⁴ dans le code de procédure pénale, permettant à un OPJ, le procureur de la république ou le juge d'instruction, de « *requérir de toute personne* » la remise d'information. Les journalistes sont exemptés de ces dispositions.

On peut également préciser que la Cour européenne des droits de l'homme accorde une place fondamentale à ce droit. Peut-être plus, aux vues des affaires récentes²⁵, qu'en droit français. La jurisprudence européenne²⁶ fait de la

²²Légipresse n°219 Mars 2005 P32, TGI Nanterre, 10/11/2004, Baudis c/ SNC, VSD et autres.

²³Légipresse n°218 Jan/fev05 P12, Cass 2^e Civ du 25/11/04 T.Pfister c/ G.Kiejman.

²⁴ Articles 60-1, 77-1-1, 99-3 du CPP.

²⁵ Perquisitions au sein du journal l'Equipe et du Point.

protection des sources du journaliste « *l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse* ». De plus, la Cour européenne en se basant sur l'article 10 de la CEDH, fait prévaloir une conception très élargie de la liberté d'expression et d'information qui l'emporte souvent sur les autres droits et libertés. Elle s'inspire ainsi du modèle anglo-saxon.

La France est régulièrement rappelée à l'ordre. Ainsi La Cour européenne a condamné la France, le 18 mai 2004, pour avoir interdit la diffusion du livre « *le Grand Secret* » du docteur Gubler, médecin de François Mitterrand, qui relatait les relations entre le médecin et son patient ainsi que la dissimulation de la maladie de ce dernier, depuis 1981. La CEDH a, concernant la mesure provisoire d'interruption de la diffusion du « *Grand Secret* » prise en référé, considéré que cette mesure pouvait, dans les circonstances de la cause, passer pour « *nécessaire dans une société démocratique* » à la protection des droits du Président Mitterrand et de sa famille. Il n'y a donc pas eu de violation de l'article 10. Par contre, sur les mesures d'interdiction prises au fond, presque un an après la mort du Président Mitterrand, la Cour a condamné la France pour violation de la liberté d'expression considérant que « *le 23 octobre 1996, lorsque le TGI de Paris a statué au principal, nul besoin impérieux ne justifiait plus le maintien de l'interdiction de la diffusion du « Grand Secret ». Il y a donc eu violation de l'article 10 à partir de cette date* ». Cette condamnation relance le débat en France sur le secret professionnel et la liberté d'expression et particulièrement sur le droit des citoyens d'être informés « *des affections graves dont souffre le chef de l'Etat, et à l'aptitude d'une personne se sachant gravement malade à exercer de telles fonctions* ».

Après avoir analysé la tendance qui pousse à favoriser la liberté d'expression et plus spécifiquement le droit à l'information sur le secret de l'instruction, nous allons apprécier les limitations touchant ces droits et libertés, qui permettent tant bien que mal de rétablir un équilibre entre ces notions.

Limitations de la liberté d'expression :

De telles limitations ont pour unique nécessité d'assurer la considération d'autres droits, tout aussi importants. Les contraintes pesant sur l'action judiciaire et ses intervenants justifient en effet ces restrictions.

L'article 35 ter de la loi du 29 juillet 1881, ajouté par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, interdit « *lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant*

²⁶ Voir l'arrêt [Goodwin c/RU du 27 mars 1996](#) et l'arrêt [Roemen et Schmit c/Luxembourg du 27 mars 2003](#).

apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire ». Cette disposition a trouvé son application notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 2004, qui a rappelé que « *la diffusion de l'image d'une personne placée en détention provisoire, sans autorisation de celle-ci, (est) constitutive d'un délit incriminé à l'article 35 ter de la loi de 1881, peu important les commentaires qui accompagnent la publication de la photographie, et la circonstance qu'un autre journal ait publié une photographie identique avec le consentement de la personne intéressée*²⁷. » l'article 35 ter « *constitue une restriction nécessaire dans une société démocratique* ».

Cet article défend également « *de réaliser, de publier ou de commenter un sondage d'opinion, ou tout autre consultation, portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre* ». L'article 38 de la même loi interdit, sous couvert de la protection de la considération et de l'honneur des personnes, « *de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique* ». Les articles 29 et suivants de la loi de 1881, qui concernent les infractions de diffamations et d'injures, envisagent les abus de la liberté d'expression.

L'article 9-1 du Code civil, issu de la loi du 4 janvier 1993 affirme que « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* ». L'alinéa 2 ajoute que « *lorsque une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé (...) prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte* ». Tout le monde s'accorde pour penser que la présomption d'innocence est une restriction justifiée au droit à l'information.

L'article 434-16 du Code pénal punit « *la publication, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou la décision des juridictions d'instruction ou de jugement* ». La loi Perben II est venue ici également apporter des précisions, en ajoutant un article 434-7-2, applicable indirectement aux médias. Celui dispose qu'est répréhensible au titre d'entraves à l'exercice de la justice, « *le fait pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, (...) d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler, directement ou indirectement ces informations à des personnes susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est de nature à entraver le déroulement des*

²⁷ Légipresse n°218 Jan/Fev 2005 p12, Cass. 7déc2004, A.-M. Couderc et Sté HFA.

investigations ou la manifestation de la vérité ». La liberté d'expression ne doit en effet pas permettre de justifier la publication, par les médias, d'informations utiles aux personnes recherchées par la justice...

Les atteintes des médias, à la vie privée des personnes ou à leur image, sont répréhensibles sur le fondement de l'article 9 du Code civil. Lorsque la loi de 1881 ne trouve pas application, le régime de responsabilité de l'article 1382 pourrait être envisagé, dans l'hypothèse d'un dommage résultant d'une faute commise par un média.

Pour sa part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre, en son article 6, la présomption d'innocence. Elle indique dans son article 8 que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée* ». Elle introduit dans le paragraphe 1^{er} de son article 10, la liberté d'expression, qu'elle s'empresse aussitôt de tempérer dans le paragraphe 2nd, par des limitations légitimes.

Après avoir établi ce panorama des normes en vigueur et de la jurisprudence touchant aux concepts de liberté d'expression et d'information et de secret de l'instruction, nous allons nous interroger sur la nécessité de légiférer à nouveau.

II) Faut t'il à nouveau légiférer ?

Face aux multiples dérives des acteurs des sphères médiatiques et judiciaires, beaucoup s'accordent à penser que le système actuel n'est plus adapté. La toute puissance des journalistes qui ont, malgré leurs efforts, parfois un temps de retard sur la réalité judiciaire est dénoncée. De même, les fuites orchestrées par les acteurs du procès pour déstabiliser ou pour faire pression sur la partie adverse, sont critiquées. Face à cela, certains proposent l'élaboration d'un code de bonne conduite et d'instaurer une sorte de partenariat entre les différents acteurs (A). D'autres sont partisans de l'élaboration d'une loi ou du moins d'une meilleure application des règles en vigueur (B).

A) De la création de codes de bonne conduite

Pour certains, la solution se trouve du côté de la déontologie. Pour les magistrats, un arrêté du 5 juin 2003 avait institué une commission chargée de mener une réflexion « *sur l'éthique dans la magistrature* », dite « *commission Cabannes*²⁸ ». Celle-ci a émis des propositions visant d'une part à une « *nouvelle définition des normes de conduite professionnelle appliquées aux magistrats*²⁹ » et d'autre part au respect de ces dernières. S'agissant des devoirs du magistrat, la commission veut établir des principes ayant pour conséquence « *une véritable responsabilisation des magistrats (...) se traduisant de manière*

²⁸ Jean Cabannes, premier avocat général honoraire à la Cour de cassation et président de la commission.

²⁹ Note de synthèse sur le rapport de la commission. [Rapport complet](#).

publique ». Pour cela, elle place le devoir d'impartialité au dessus de tout ainsi que son corollaire qui est selon elle, le devoir de réserve. Ce dernier doit « être entendu de manière beaucoup plus large qu'aujourd'hui à savoir qu'il vise toute les expressions publiques d'un magistrat qui seraient de nature à mettre en doute son impartialité. La commission a prévu d'intégrer au serment des magistrats, le respect du secret professionnel. Le serment deviendrait « *Je jure, au service de la loi, de remplir mes fonctions avec impartialité et diligence, en toute loyauté, intégrité et dignité, dans le respect du secret professionnel et du devoir de réserve* ». Elle ne souhaite pas pour autant un code d'éthique mais plutôt un « *recueil de principes déontologiques* » comprenant « *les textes en vigueur, la jurisprudence du CSM³⁰ et du conseil d'Etat, analysée et commentée, ainsi que les avis de la formation chargée de l'éthique* » dont elle propose la création. Elle désire introduire une matière d'éthique dans l'examen de classement. Afin de sauvegarder l'impartialité, elle propose enfin l'institution d'une « *veille déontologique* » au « *bénéfice d'un magistrat dont le comportement pourrait susciter des inquiétudes et sous la responsabilité du chef de cour* ». Le syndicat de la magistrature, dans une lettre ouverte au garde des Sceaux Dominique Perben, intitulée « *NON à l'éthique de soumission³¹* », indique qu'il « *a toujours nourri une réflexion sur l'éthique et proposé des réformes ambitieuses en ce domaine* », mais il considère que pour qu'il soit efficace, « *le questionnement sur l'éthique doit (...) prendre en considération l'institution judiciaire dans sa dimension globale* ». La commission Cabannes ne s'aventure pas du côté de l'éthique collective, pour ne s'intéresser selon le SNM, qu'exclusivement à l'éthique individuelle des magistrats « *dits de base* ». Il dénonce « *une volonté d'instrumentaliser la notion d'éthique aux seules fins de mieux contrôler et modéliser l'institution judiciaire* ». Le syndicat annonce qu'il est par conséquent sur le fond, « *frontalement opposé aux mesures phares de ce rapport* ». Sur la modification du serment, le SNM dénonce une « *volonté de museler les magistrats en renforçant leur devoir de réserve* » qui équivaut à une « *interdiction de tout militantisme actif politique ou syndical* ». Il n'hésite pas à parler de « *politique de soumission* », qui s'avère « *bien loin de l'indépendance, nécessaire à la mission de garant des libertés des citoyens assignée aux magistrats par l'article 66 de la constitution* ».

L'instauration d'une « *veille déontologique* », confirme selon le SNM cette « *mise sous tutelle* » ainsi qu'une « *conception d'une justice de rendement, conçue à l'aune des seules statistiques* ». Il conclut en dénonçant le but unique de la réforme qui est d'assurer « *le silence et la dépendance de la magistrature* ». On saisi donc un peu mieux, après les réactions hostiles causées par les propositions de la commission, la difficulté d'opérer une réforme qui satisfasse tous les acteurs.

³⁰ Conseil supérieur de la magistrature.

³¹ www.syndicat-magistrature.org/article/580.html

En ce qui concerne les avocats, le Conseil national des barreaux qui dispose d'un pouvoir normatif pour unifier et codifier les règles et usages, a travaillé, en collaboration avec la chancellerie sur la création d'un code de déontologie de la profession d'avocat³². L'Assemblée générale du Conseil National des Barreaux, réunie les 19 et 20 mars et 24 avril 2004, a pris une décision à caractère normatif instituant le Règlement Intérieur Unifié (R.I.U³³) des Barreaux de France qui annule et remplace le Règlement Intérieur Harmonisé adopté les 26 et 27 mars 1999. « *Les avocats français ont dorénavant un corps de règle déontologiques unique et ce quelque soit leur mode d'exercice, leurs champ d'activité et leur barreau d'appartenance*³⁴ ».

De son côté, la Commission européenne souhaite que les professions réglementées (médecins, architectes et donc avocats) aient un code de déontologie inter-étatique qui serait établi par les instances européennes et non pas par la profession.

Nous allons maintenant voir la position de ceux qui pense que la solution se trouve du côté de la loi, qu'il faudra soit mieux appliquer, soit modifier.

B) Les partisans de la loi.

Nous avons pu voir que chaque partie avait un avis différent sur le sujet. Pour les uns il suffirait de mieux appliquer les textes qui ne le sont pas assez. Pour les autres les textes sont mauvais et il faut donc légiférer.

Une chose est sûre l'éparpillement des textes est source de difficultés. Certains proposent un regroupement par l'intermédiaire d'un texte unique.

Au niveau des droits de la défense, certains sont favorables à l'entrée des caméras au sein des prétoires. A ce sujet, la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, installée en juin 2004 par le garde des Sceaux, propose dans son rapport remis le 22 février 2005, la législation de la captation et de la diffusion des débats judiciaires dans le respect de la protection des personnes et de la sérénité des débats³⁵. Elle est favorable à un régime d'autorisation préalable de l'autorité judiciaire. Elle envisage également un régime particulier propre à assurer la protection des personnes les plus fragiles, mineurs ou incapables majeurs. Des conditions strictes seraient mises en place, également dans un souci de protection, pour permettre l'enregistrement et la diffusion des dépositions des témoins et de l'image des jurés, en conférant au président de l'audience, un pouvoir d'interdire la captation ou la diffusion des dépositions ou bien d'imposer l'anonymat des témoins. Pour finir, cette

³² Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P61

³³ Accessible sur http://www.cnb.avocat.fr/PDF/RIU_24-04-2004.pdf

³⁴ Communiqué du C.N.B consulté sur www.cna-avocats.com

³⁵ Légipresse n°219 Mars 2005, p 20.

Commission propose l'élaboration d'une charte nationale définissant les modalités de l'enregistrement et de la diffusion des débats.

Un autre débat afférent au droit de la presse est source de conflit actuellement. Il touche plus particulièrement les journalistes et la protection de leurs sources d'information. L'association « *Droit à l'info* », créée à l'initiative de journalistes en septembre 2004 a remis le 28 janvier 2005 des propositions visant à renforcer la défense des droits et de la liberté des journalistes et garantir leurs devoirs³⁶. L'association propose de modifier l'article 11 du Code de procédure pénale, relatif au secret de l'instruction, l'article 321-1 du Code pénal sur le recel du secret l'instruction, en introduisant la notion de respect de la liberté d'expression ou d'information. De plus, suite aux perquisitions qui ont touché *le Point* et *l'Equipe*, l'association souhaite renforcer le droit du journaliste à ne pas révéler ses sources, en lui offrant la possibilité de saisir le juge des libertés en cas d'atteinte à ce droit.

Après l'association « *Droit à l'info* », le *Syndicat de la presse magazine et d'information* (SPMI³⁷) a présenté au garde des Sceaux ses propositions pour renforcer la protection du secret des sources d'information. Son but est de préserver les journalistes du recours par la justice « *de moyens d'investigations réservés habituellement à des malfaiteurs* »³⁸. Cette citation trouve son écho dans les perquisitions déjà évoquées plus haut, qui ont eu, entre autre, pour finalité la saisie des disques durs des ordinateurs des journalistes. Le SPMI suggère de conférer au secret des sources le statut de principe fondamental de la liberté d'information, en l'inscrivant dans l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881. Cependant le SPMI envisage trois cas dans lesquels le secret pourrait être levé : en présence « *d'un intérêt public d'une nature exceptionnelle* », ou bien d'une « *stricte nécessité de la mesure envisagée* » ou enfin de « *l'impossibilité absolue de lui substituer une mesure d'une autre nature* ». Il envisage également, au niveau de la procédure, la saisie du juge des libertés sur simple requête, afin de statuer sur la validité de toute mesure dérogatoire. Pour finir, le SPMI recommande des aménagements en matière de perquisitions, de garde à vue et particulièrement, la non application du délit de recel aux journalistes.

Aux Etats-Unis, la Cour d'appel de Washington a confirmé un jugement condamnant deux journalistes du *New York Times* et du *Times* pour « *outrage à la Cour* » à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix-huit mois s'ils refusent de dévoiler leurs sources. Les juges ont estimé que le Premier amendement de la Constitution américaine, qui garantit la liberté d'expression, ne donne pas le privilège de ne pas répondre à leurs demandes. Il s'agit d'une position qui s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence initiée par une décision

³⁶ Légipresse n°218 Jan/fev. 2005, p 2

³⁷ <http://www.spmi.info/>

³⁸ Légipresse n°219 Mars 2005, p 20.

de la Cour suprême en 1972. Face à cela, un sénateur américain annonce avoir déposé une proposition de loi pour assurer le secret des sources des journalistes.³⁹

Pour d'autres, il faut d'appliquer les lois en vigueur avant de penser à légiférer. Les magistrats, contrairement aux autres acteurs du monde judiciaire (notamment les avocats) ne sont que rarement punis lorsqu'ils communiquent à outrance. La responsabilité du juge ne semble engageable que dans les cas, rares au demeurant, de forfaiture. La crédibilité de la justice souffre parfois des excès impunis des juges. Les avocats ont pour beaucoup dénoncé avec force, les nouvelles dispositions de loi Perben II relatives au délit de « divulgation d'information »⁴⁰. Les premières mises en examen sous cette qualification d'avocat du barreau de Toulouse, ont provoqué une polémique⁴¹.

Enfin, certains journalistes comme Hervé Gattegno du *Monde*, pensent qu'il faut « *abroger le texte sur la présomption d'innocence ou le rédiger totalement différemment. Le concept de la présomption d'innocence doit s'appliquer aux enquêteurs pour garantir les droits de la personne qui est à l'intérieur de la procédure judiciaire. Mais il est absurde de minimiser ou réduire la portée de la liberté de la presse* »⁴².

Après avoir pu évaluer les conflits d'intérêt en présence, qui rendent difficiles tout consensus, il nous faut maintenant conclure.

La conciliation de ces notions s'avère fort compliquée. Les enjeux sont fondamentaux : économiques pour les médias qui recherchent parfois plus le sensationnel que la manifestation de la vérité. Mais pas seulement, puisque des enjeux beaucoup plus nobles existent également pour les journalistes intègres, comme la défense de la liberté d'expression et de la presse par l'intermédiaire notamment de la protection de leurs sources. Du côté des acteurs de la justice, leur marge de manœuvre est parfois serrée : la divulgation d'information au cours de l'enquête peut conduire à l'échec de cette dernière. Mais le manque d'information conduit parfois à une spéculation de la presse qui peut être particulièrement dommageable pour les prévenus. A contrario, la presse peut par le biais d'enquête parallèle, être en avance sur l'enquête « officielle »...

La divulgation d'information par les acteurs de la procédure peut être un moyen de pression. Certains avocats célèbres, spécialistes des « causes perdues » savent utiliser les médias (eux-mêmes consentants la plus part du temps) parfois au détriment de leur client. Mais les magistrats se mettent de temps à autre au diapason. La création d'un organe indépendant réunissant tous les acteurs de la justice et des médias pourrait être une solution à ces dérives.

³⁹ Légipresse n°219 Mars 2005, p 20.

⁴⁰ Article 434-7-2 CP.

⁴¹ Voir Libération du 6 juin 2005, P17, « Perben 2 : un deuxième avocat en prison ».

⁴² Légicom n°33, 2005/1, Victoires éditions, P83

Il faut quand même reconnaître que la liberté de la presse est relativement bien considérée dans notre pays. Les juridictions européennes, contestées par certains, veillent quand même au grain. Mais les juridictions françaises savent occasionnellement se remettre en cause dans un but d'intérêt général. Un bon exemple est celui de l'autorisation de diffusion, par la chaîne de télévision Histoire du procès de Maurice Papon⁴³. En 1985, le législateur, par une loi du 11 juillet, a en vertu de l'intérêt historique, autorisé « *la constitution d'archives audiovisuelles de la justice* ». Mais les délais au terme desquels, la diffusion des images était possible, s'avéraient trop longs⁴⁴. La loi fut donc modifiée par une loi du 13 juillet 1990, ajoutant que pour les procès pour crime contre l'humanité, l'autorisation du président du TGI de Paris, pouvait être donnée « *dès que ce procès a pris fin par une décision devenue définitive* ». Cette restriction a évidemment pour but de sauvegarder la présomption d'innocence.

Maurice Papon a saisi en fin d'année 2002 le TGI de Paris en référé, afin d'obtenir l'interdiction de la diffusion de son procès. Il obtint gain de cause puisque son procès n'était pas considéré comme définitif. Au terme d'une longue procédure, la chaîne histoire revint à nouveau devant le président du TGI de Paris. Ce dernier, après avoir constaté que la décision condamnant Maurice Papon était définitive, autorisa la diffusion. La chaîne s'était au préalable engagée à respecter strictement les principes suivants : le respect de la chronologie du procès, le maintien des moments importants des audiences⁴⁵, l'absence d'ajout d'images extérieures et de mise en scène des extraits retenus, enfin le respect d'un équilibre entre les parties civiles et la défense. Elle eut recours à un comité éditorial composé de personnes à l'honorabilité incontestable afin de limiter la subjectivité. Elle a offert d'organiser un débat de deux heures à l'issue de la diffusion, afin de permettre à chacune des parties de s'exprimer et ainsi de rétablir l'équilibre. Enfin la chaîne était d'accord pour avertir les téléspectateurs⁴⁶ que le choix du découpage avait été effectué sous sa seule initiative et sous sa seule responsabilité, sans consultation des parties.

Cette espèce constitue le parfait exemple d'une conciliation réussie entre la liberté d'expression et d'information, et le respect des droits des particuliers. La preuve est donc faite, que cet équilibre si périlleux peut être atteint...

⁴³ Cf. Légipresse n°218, Jan/fev 2005, p10 à 16.

⁴⁴ 50 ans après la clôture du procès ou 20 ans en cas d'autorisation du président du TGI de Paris.

⁴⁵ Le procès avait fait l'objet de 475 heures d'enregistrement. La chaîne Histoire opta pour un format de quarante émissions de deux heures chacune. La question de l'objectivité fut donc posée.

⁴⁶ Ce procédé a été utilisé récemment par TF1 lors de la diffusion d'un téléfilm sur Francis Heaulme, intitulé « dans la tête d'un tueur ».