

TABLE DES MATIÈRES

REPÈRES BIOGRAPHIQUES	5
PRÉFACE.....	9
<i>par Geneviève Gondouin et Philippe Brun</i>	
LE SECRET DE L'INSTRUCTION RÉALITÉ OU ILLUSION	11
<i>par Yves Ballaloud</i>	
JOSEPH DE MAISTRE ET LE PAYS NATAL OU L'HISTOIRE D'UN MALENTENDU	19
<i>par Bruno Berthier</i>	
BRÈVE INCURSION D'UN PRIVATISTE SUR LES TERRES DU DROIT DE L'URBANISME : OU QUELQUES ASPECTS DE LA RENCONTRE ENTRE DROIT CIVIL ET RÉGLEMENTATION DES LOTISSEMENTS.....	57
<i>par Philippe Brun</i>	
ESSAI DE SYNTHÈSE SUR LE DROIT ACTUEL DE L'INDEXATION CONVENTIONNELLE EN FRANCE.....	71
<i>par François Chabas</i>	
LE PRINCIPE D'URBANISATION EN CONTINUITÉ EN ZONE DE MONTAGNE EN L'ABSENCE DE DOCUMENTS D'URBANISME	83
<i>par René Chapelard</i>	
LE NOTARIAT, PROFESSION DE TRADITION ET D'AVENIR	97
<i>par Jacques Chappuis</i>	
QUELQUES REMARQUES SUR LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE (À PROPOS DU PRINCIPE DE LIBERTÉ DE CIRCULATION DES MARCHANDISES ET DES « SITUATIONS PUREMENT INTERNES »).....	103
<i>par Hélène Claret</i>	
CHRONIQUE CRIMINELLE DE SAINT-BALDOPH	121
<i>par Jean-Charles Détharré</i>	
L'ACCUEIL	127
<i>par Michelle Gobert</i>	

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE FONCTIONNEMENT NORMAL DES POUVOIRS PUBLICS	133
<i>par Geneviève Gondouin</i>	
L'AUDIT JURIDIQUE, DU CONTRÔLE À LA VEILLE JURIDIQUE.....	161
<i>par Gilles Heidsieck</i>	
LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES.	175
<i>par Joseph Issa-Sayegh</i>	
LE SAVETIER ET LE FINANCIER	185
<i>par Michel Julien</i>	
LE DÉCLIN DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ EN MATIÈRE PÉNALE.....	209
<i>par Patrick Maistre du Chambon</i>	
VICTOR HUGO ET LE DROIT	217
<i>par Philippe Malaurie</i>	
DE L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE DANS LES CONTRATS DE CONSOMMATION.....	233
<i>par Gilles Paisant</i>	
LE DÉPARTEMENT EST-IL AMENÉ À DISPARAÎTRE?	253
<i>par Gustave Peiser</i>	
LE DROIT AU LOGEMENT DU CONJOINT SURVIVANT	269
<i>par Stéphane Piedelièvre</i>	
GRANDEUR SANS FAIBLESSE DE L'ENGAGEMENT UNILATÉRAL EN DROIT DU TRAVAIL	283
<i>par Geneviève Pignarre</i>	
GÉNÉALOGIE ET ZOOLOGIE SONT-ELLES DES SCIENCES COUSINES?	309
<i>par Jacques Rebecq</i>	
MÉDECINE LÉGALE ET PROCÈS D'ASSISES : LE POINT DE VUE D'UN PRÉSIDENT DE COUR D'ASSISES	325
<i>par François Ruellan</i>	
L'AUTEUR INDIRECT DANS LA LOI DU 10 JUILLET 2000.....	329
<i>par Philippe Salvage</i>	

TABLES DES MATIÈRES	411
LA FRANCE ET L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES.....	347
<i>par Édouard Sauvignon</i>	
CONTRÔLE, CONCERT ET TRANSPARENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉS	369
<i>par Jean-Pierre Sortais</i>	
L'ERREUR DU CONTRACTANT SUR SA PROPRE PRESTATION	377
<i>par Olivier Tournafond</i>	
VERS UNE CERTAINE FORMALISATION DE LA RECHERCHE DANS LES DISCIPLINES JURIDIQUES?	394
<i>par Phnoc Tranqui</i>	
Liste des souscripteurs	405

LE SECRET DE L'INSTRUCTION RÉALITÉ OU ILLUSION ?

par Yves Ballaloud

Ancien bâtonnier, avocat au barreau de Bonneville

PRÉAMBULE

La règle du secret de l'instruction est très ancienne et semblait tellement évidente que le Code d'instruction Criminelle de 1808 ne la mentionnait pas. Cependant, le but poursuivi était plus l'efficacité de la procédure que le respect des droits de l'individu puisque le secret était total et s'appliquait à l'égard de tous, les parties étant tenues dans l'ignorance des charges retenues et des investigations réalisées.

Aujourd'hui, le secret de l'instruction est régi par l'article 11 du Code de procédure pénale modifié à plusieurs reprises et vise principalement à protéger les droits de la défense et le principe de présomption d'innocence.

Le secret de l'instruction constitue une variété de secret professionnel qui oblige toute personne qui concourt à la procédure d'enquête et d'instruction préparatoire à ne pas divulguer les faits confidentiels dont elle a eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, hors des cas prévus par la loi, sous peine de sanctions pénales.

Ainsi les tiers ne devraient pas être informés du contenu de la procédure d'enquête et d'instruction. Or, le développement de la presse, principal moyen de divulgation d'informations, bat en brèche cette règle de secret.

En effet, cette règle se heurte à d'autres principes, principalement la liberté de la presse et connaît des difficultés d'application croissantes la rendant quasiment mythique; alertés par cette atteinte, le législateur et la doctrine cherchent des solutions afin de lui donner une consistance.

I

LA PROTECTION DU SECRET D'INSTRUCTION : RÉGIME JURIDIQUE

Aux termes de l'article 11 du Code de procédure Pénale :

Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code Pénal.

Toutefois afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.

L'article 11 définit donc strictement les personnes soumises au secret et les limites du secret.

A/ Les personnes et les actes soumis au secret

1) LES PERSONNES

Seules les personnes qui concourent à la procédure d'enquête et d'instruction sont soumises au secret.

Ce sont les magistrats, les greffiers, les OPJ et APJ, les personnes requises (témoins, interprètes, instrumentaires,...) ainsi que les experts.

En revanche, d'autres personnes ne sont pas considérées comme concourant et ne sont donc pas tenues au secret; il s'agit des personnes mises en examen, des témoins assistés, des parties civiles (Crim 4-10-1998), des témoins des faits et des journalistes. Les avocats ne sont pas soumis au secret d'instruction mais au secret professionnel; à ce titre ils ne peuvent faire de déclaration que s'ils sont déliés du secret par leur propre client (Crim 18-10-1978).

2) LES ACTES

Seuls les actes contenus dans le dossier de procédure d'enquête ou d'instruction sont soumis au secret.

En conséquence, tout ce qu'une personne, témoin ou journaliste peut constater personnellement n'est pas protégé par le secret : ainsi, un transport sur les lieux avec le cas échéant une reconstitution des faits ou encore les arrivées et départs d'une maison d'arrêt pour le tribunal peuvent être relatés¹.

De même, certains actes constituant une atteinte au secret ne sont pas sanctionnés car ils sont effectués dans l'intérêt de la recherche de la vérité. Ce sont par exemple la publication des portraits-robots ou encore la révélation nécessaire à un témoin au cours d'une audition de certains éléments de procédure, qui pourront être répétés impunément par ce témoin.

1. E. Derieux, *La loi du 15 juin 2000 et le droit de la communication*.

B/ L'étendue du secret

Les personnes tenues au secret le restent même si l'information a été divulguée par ailleurs. Ainsi, se rend coupable du délit de l'article 11, le magistrat instructeur auteur d'une révélation concernant une information en cours, même si les faits relatés avaient déjà fait l'objet d'une divulgation (Rennes, 7-05-79).

Cependant le magistrat instructeur, dans le cadre d'une citation comme témoin devant la juridiction du jugement, doit répondre aux questions posées (Crim. 5-11-1993)

Le secret de l'information n'interdit pas non plus aux juges d'annexer à une procédure pénale les éléments d'une autre procédure même en cours d'instruction de nature à les éclairer et à contribuer à la manifestation de la vérité (Crim 16-03-1981).

De même, l'article 11 n'est pas opposable au ministère public qui peut puiser dans une information judiciaire tous les éléments qui lui sont indispensables et les utiliser dans l'exercice de ses missions fixées par la loi (Cass. Crim 15-11-1961).

Enfin, l'étendue de la sanction se limite à la sanction pénale édictée par l'article 226-13 du Code de procédure pénale, soit un an d'emprisonnement et 15000 Euros d'amende. La procédure n'est pas annulée sauf si la divulgation a porté atteinte aux intérêts de la partie concernée.

II

DIFFICULTÉ D'APPLICATION DE CE PRINCIPE : DE SA RÉALITÉ À L'ILLUSION ?

Le secret de l'instruction se heurte au principe de la liberté de la presse, forme de la liberté d'expression. Les procès médiatiques rendent illusoire le secret d'instruction et provoquent des réactions périodiques du législateur afin de protéger les droits de la défense.

A/ Limite du secret de l'instruction : la liberté d'expression

1) PRÉSENTATION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La liberté d'expression est reconnue par de nombreux textes, notamment l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, ayant valeur constitutionnelle, l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Il n'existe cependant pas de droit à l'information du citoyen.

2) PROTECTION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La C.E.D.H. estime que la presse joue un rôle de «chien de garde» de la démocratie (cedh 27 mars 1996 Godwin / Royaume Uni); en effet, la presse peut jouer un rôle important pour éviter que certaines affaires soient «enterrées» et écarter ainsi l'existence d'une justice inégalitaire.

C'est sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne que les journalistes se défendent.

En effet, la Cour européenne au visa de cet article a affirmé à plusieurs reprises que la liberté d'opinion et d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique.

Une limite est fixée à l'article 10, & 2 aux termes duquel : *«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 les mesures nécessaires dans une société démocratique... à la protection de la réputation et des droits d'autrui, notamment... pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire».*

Il est important de relever que le journaliste dispose d'un privilège particulier visé par l'article 109 alinéa 2 aux termes duquel *«Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine».*

L'application pratique de cette disposition ne va-t-elle pas rendre illusoire le secret de l'instruction face à la divulgation par voie de presse d'informations contenues dans le dossier d'instruction ?

B/ La conciliation entre le respect du secret de l'instruction et de la protection de la liberté d'expression : les sanctions jurisprudentielles actuelles tendent à rendre illusoire le secret de l'instruction

1) LES ABUS DE LA PRESSE AU NOM DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Le respect du secret de l'instruction s'avère nécessaire pour de nombreuses raisons répertoriées par MM. Guinchard et Buisson², à savoir :

«– La publicité des procédures a un effet criminogène, par exemple, en expliquant aux lecteurs candidats au crime des techniques déjà utilisées;

². Procédure pénale de MM. Guinchard et Buisson, Paris, Litec 2002.

– *La publicité porte atteinte à l'indépendance des magistrats car elle favorise les pressions de l'opinion,*

– *Plus sérieusement, la publicité nuit à la bonne marche des investigations et très nombreux sont les auteurs, même avocats, qui insistent sur cette idée; par la publicité, les suspects sont mis au courant de la procédure. Il est possible en outre que la publicité pousse le suspect, le mis en examen, voire les témoins à se taire,*

– *Restent les deux derniers arguments, les plus forts : la publicité égratigne la vie privée et surtout nuit à la présomption d'innocence, principes fondamentaux exprimés le premier à l'article 9, C.Civ. et le second à l'article 9-1 du même code. Il est évident que, après la publicité d'une mise en examen, la survenance d'un non-lieu effacera mal l'atteinte à la réputation et laissera subsister l'idée « qu'il n'y a pas de fumée sans feu ».*

Or, le rôle de «chien de garde» confié à la presse ou que la presse s'est attribué, présente son corollaire.

En effet, depuis le début du XX^e siècle, la presse a connu un essor considérable sous toutes les formes avec un accroissement du journalisme dit d'investigation qui médiatise à outrance les procès d'hommes publics notamment politiques, ce au mépris de la présomption d'innocence.

La doctrine fustige «les procès médiatiques».

Ainsi, MM. Guinchard et Buisson affirment que « *le journalisme dit d'investigation cache un journalisme de délation et les belles déclarations sur la liberté d'expression occultent le débat sur l'aspect financier du problème, de belles « affaires » largement médiatisées assurant des ventes que le sérieux d'un journal ne pourrait garantir à lui seul; il faut vendre à tout prix et au mépris de l'honneur des personnes mises en cause dans des affaires pénales* ».

De même, Serge Guinchard dans un article intitulé : «Les procès hors des murs» dresse une typologie de ces affaires et dénonce les méfaits de ces procès.

En commentaire de l'arrêt du 19 juin 2001, Agathe Lepage estime ainsi que « *l'ingérence s'impose lorsque, dépassant l'observation et le contrôle légitimes du bon fonctionnement des institutions de la République, les journalistes s'arrogent le pouvoir illimité de pré-juger d'une affaire en cours et donc de la responsabilité pénale d'une personne mise en cause, en se fondant sur les morceaux choisis, dont le cheminement, la traçabilité font l'objet du secret le plus absolu, celui de l'origine des sources, et qui nécessairement incomplets puisqu'ils proviennent d'une instruction inachevée, sans débat contradictoire préalable et sans recours possible, dans une démarche dont toute référence à l'égalité des armes est naturellement exclue et qui devient inacceptable lorsque les droits d'auteur tiennent lieu de déontologie.* »

En réponse aux abus commis par «les procès médiatico-judiciaires» la législation a renforcé la protection de l'individu tant au niveau civil (Art. 9-1 du Code Civil) qu'au niveau pénal (renforcement de la présomption d'innocence, loi 10.06.2000 et 4.03.2002).

Ainsi, la dernière modification législative de l'article 11 du Code de procédure pénale a visé à contre-balancer le pouvoir de la presse par les mêmes moyens de communication à savoir qu'« *afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public le Procureur de la République peut, d'office et à la demande de la Juridiction d'Instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.* »

2) LA POSITION JURISPRUDENTIELLE

Les journalistes n'étant pas tenus au secret de l'instruction et bénéficiant d'une immunité relative à leurs sources d'information, ne pourraient être condamnés que pour recel d'information provenant du secret d'instruction ou pour recel de pièces couvertes par le secret.

Or, la jurisprudence a toujours refusé de considérer l'information comme susceptible de recel, jugeant dans son arrêt du 3 avril 1995 que : « *l'information ne relèverait le cas échéant, si elle fait l'objet d'une publication contestée par ceux qu'elle concerne, que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse ou de la communication audiovisuelle. C'est donc la détention par les prévenus de la copie des pièces de l'instruction qui justifiait aux yeux des juges la condamnation pour recel et non pas la simple publication de l'information.* »

La Cour sanctionne donc des abus sur la base de la loi de 1881 par le biais du recel des pièces obtenues par violation du secret de l'instruction.

La jurisprudence contrôle en premier lieu que l'information détenue ne provient pas « *d'une divulgation accidentelle* »³ mais d'une obtention illégale.

En ce qui concerne la preuve de cette obtention illégale, la Cour de cassation estime qu'il n'importe que « *les circonstances du délit d'où provient l'objet n'aient pas été entièrement déterminées* » (Crim. 13.5.91) ou bien qu'il est indifférent que l'auteur du délit de violation de secret professionnel « *n'ait pu être identifié* » (Crim. 3.4.95).

Dans l'arrêt du 19 juin 2001, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré que « *quel que soit le cheminement des pièces litigieuses, celles-ci n'ont pu parvenir entre les mains des prévenus qu'à l'aide d'une infraction* ».

En second lieu, elle contrôle que les limites apportées à la liberté d'expression sont légitimes, répondent à une nécessité impérieuse et ne sont pas disproportionnées.

Ainsi, la Chambre criminelle veille à ce que ces restrictions à la libre circulation des idées soient insérées dans des limites strictes.

3. Cass Crim 19 juin 2001, JCP2002 G II 10064.

La légitimité d'une poursuite pénale est justifiée par la protection de la réputation ou des droits d'autrui, par le respect de l'interdiction de diffuser des informations confidentielles couvertes par le secret et la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire. Quant à la nécessité de la poursuite, elle est justifiée par le fait que seule la justice, tant au cours de l'instruction qu'au cours du procès, peut offrir un débat contradictoire et une réelle égalité de traitement par l'application de règles de droit. Dès lors que la presse ne respectera pas ces principes, la jurisprudence la sanctionnera.

Cependant, la jurisprudence, au regard de la protection légale des sources d'information du journaliste et compte tenu du fait que ceux qui sont tenus par le secret d'information ne seront pas recherchés, a tendance à appliquer des peines de principe (tribunal de grande instance Paris 10-09-98).

Ainsi par arrêt du 22 juin 1999 (Bull. Crim. N° 146) la Cour de cassation a estimé *« justifiée au regard de l'article 10 de la Convention EDH, la condamnation prononcée sur le fondement de l'article 38, alinéa 1, de la Loi du 29 juillet 1881 pour publication d'actes d'une procédure criminelle avant leur lecture en audience publique »*, après avoir contrôlé l'existence d'une atteinte portée à des droits protégés : *« dès lors que les juges ont caractérisé l'atteinte portée à la protection des droits d'autrui, susceptible de sanction selon le paragraphe 2 du texte conventionnel précité en relevant que les extraits reproduits viennent accréditer un article tendant à l'évidence à soutenir la version des faits de l'une des personnes mises en examen, opposée à celle défendue par une autre. »*

La restriction, l'interdiction et sa sanction doivent être enfin *« raisonnablement proportionnées à la poursuite des buts légitimes visés »*.

Ainsi, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait refusé à un journaliste la possibilité de se défendre contre une action en diffamation publique au motif que le secret de l'instruction correspond à des restrictions nécessaires dans une société démocratique, tant à la protection des droits d'autrui, qu'à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire, au sens de l'article 10, & 2 de la Convention EDH et que le recel de pièces obtenues par ce délit échappe aux prévisions de l'article 41 de la Loi du 29 juillet 1881 (immunité judiciaire).

Elle reproche à la cour d'avoir statué sans rechercher si en l'espèce, la production en justice de pièces litigieuses, objet des poursuites exercées contre l'intéressé, n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense.

Le secret de l'instruction⁴ doit s'effacer devant le principe supérieur de valeur constitutionnelle des droits de la défense (celle du journaliste) dans le cadre de la justification de propos diffamatoires.

4. E.Derieux, *Secret de l'instruction et droit à l'information*, Petites Affiches 11-6-97n°776.

Pour le Professeur Derieux «*Cédant à l'influence de la conception américaine (?), relayée par les instances du Conseil de l'Europe, ne fait-on pas ainsi prévaloir – d'une façon qui pourrait s'avérer bien dangereuse pour les droits et libertés de la personne! – une très forte transparence et liberté d'information journalistique sur des droits au secret (de la vie privée, de l'enquête et de l'instruction, professionnel, médical ...) au moins tout aussi légitimes? Aussi essentielle soit-elle, la liberté d'information ne peut cependant être sans limites.*»

Il apparaît toutefois en l'espèce que la jurisprudence privilégie le principe constitutionnel du respect des droits de la défense à celui du secret de l'information.

Cela signifie que le journaliste, face à l'exception de vérité dans le cadre du procès en diffamation dont il aura rapporté la preuve par la production en justice des pièces puisées dans l'information, ne pourra pas être poursuivi du chef de recel de violation du secret de l'information.

Si telle est la portée de cet arrêt le secret de l'instruction vis-à-vis du journaliste ne deviendra qu'une illusion puisque la révélation de faits, support de la poursuite d'infraction pénale, constituera une atteinte à l'honneur et à la réputation de la personne.

Ne verra-t-on pas se déplacer l'instruction pénale devant le juge de la diffamation? Il faut espérer que les décisions ultérieures des juges du fond viendront préciser ce qui est nécessaire pour l'exercice des droits de la défense.

En l'état, cet arrêt conduit indiscutablement à un affaiblissement sensible du secret de l'instruction.