*RSC 2022/3 – chronique législative de procédure pénale*

Evan RASCHEL

Professeur à l’Université Clermont Auvergne, Directeur du Centre Michel de l’Hospital UPR 4232

**La loi pour la confiance dans l’institution judiciaire et la protection du secret de la procédure pénale**

\*\*

**1. Loi « pour la confiance dans l’institution judiciaire ».** La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 « pour la confiance dans l’institution judiciaire » a modifié, créé et précisé de nombreuses et diverses dispositions ; à ce titre, elle a été justement présentée et commentée comme l’une des plus importantes lois du quinquennat précédent. Beaucoup de choses ont déjà été dites et écrites autour de ses principales orientations[[1]](#footnote-1), concernant spécialement « les habits neufs de l’enquête préliminaire »[[2]](#footnote-2), dont la durée a été encadrée, et le contradictoire renforcé[[3]](#footnote-3). Aussi la présente étude n’a-t-elle pas vocation à revenir sur tous les apports de la loi « confiance », il est davantage pertinent de se concentrer sur l’un des aspects marquants de cette loi, qui a été régulièrement présenté comme tel, sans pour autant faire l’objet d’un commentaire d’ensemble.

Il s’agit de la protection des secrets. Certains secrets sont essentiels à la confiance dans l’institution judiciaire (c’est le cas du secret professionnel des avocats), d’autres sèment le doute et entretiennent les critiques sur son fonctionnement, accusé de manquer de transparence. La loi du 22 décembre 2021 prétendant restaurer cette confiance des citoyens et justiciables, il n’est pas surprenant qu’elle ait accordé aux différents secrets une place toute particulière.

**2. Protection du secret professionnel des avocats (exclusion).** La loi a été remarquée – et a notamment cristallisé l’attention des avocats – pour les dispositions relatives au secret professionnel des avocats[[4]](#footnote-4). Rappelons qu’à cet égard la loi du 22 décembre 2021 a enrichi l’article préliminaire du Code de procédure pénale d’un nouvel alinéa, aux termes duquel le respect du secret professionnel de la défense et du conseil[[5]](#footnote-5), est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par ledit code[[6]](#footnote-6). Tautologique, cette affirmation n’apporte pas grand-chose, au contraire de dispositions plus précises relatives aux perquisitions pouvant être menées chez un avocat[[7]](#footnote-7), aux données de connexion émises par un avocat[[8]](#footnote-8) et aux interceptions portant sur une ligne dépendant du cabinet d’un avocat ou de son domicile[[9]](#footnote-9). Aussi important soit-il, cet aspect de la loi « confiance » ne sera pas ici développé, ayant déjà fait l’objet de commentaires d’envergure, et s’éloignant, dans sa logique même, des autres catégories de secrets – les secrets pouvant être qualifiés « de procédure » - qu’il convient de mettre ici en exergue.

**3. Protection des secrets de procédure.** Si la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 espère renforcer « la confiance dans l’institution judiciaire » par – notamment - une transparence et une accessibilité accrues des audiences, la phase préparatoire du procès pénal demeure soumise aux impératifs du secret, puisque celui de l’enquête et de l’instruction a même été renforcé par ladite loi. Il s’agit, notamment, d’accompagner l’ouverture au contradictoire réalisée par la nouvelle version de l’article 77-2 du Code de procédure pénale, en garantissant qu’il n’en ressortira pas d’inopportunes révélations. Il existe alors une véritable opposition[[10]](#footnote-10) : d’une part, un secret bien protégé dans la phase préparatoire du procès (du moins en théorie), d’autre part, un principe de publicité du procès… (de ses débats et des décisions). Autrement dit, le renforcement du secret de l’enquête et de l’instruction (I) contraste avec l’ouverture du secret au stade du jugement (II). Cela ne manque pas d’interpeller : la confiance du public dans l’institution de la justice et la compréhension de ses décisions, seront-elles assurées si tout ce qui précède le procès demeure inconnu ?

**I. Le renforcement du secret de l’enquête et de l’instruction**

**4. La protection du secret de l’enquête et de l’instruction. Principe.** L’alinéa 1er de l’article 11 du Code de procédure pénale n’a pas été retouché par la loi du 22 décembre 2021. Il continue ainsi à énoncer, à titre de principe, que « la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ». L’atteinte ainsi portée à la liberté de communication n’est pas disproportionnée au regard de l’art. 11 DDHC, dans la mesure notamment où les dispositions concernées « ne privent pas les tiers, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte d'une procédure pénale et de relater les différentes étapes d'une enquête et d'une instruction »[[11]](#footnote-11).

**5. Nuances.** Deux réserves sont toutefois explicitement envisagées, par le même premier alinéa de l’article 11 : d’une part, l’hypothèse dans laquelle la loi en dispose autrement ; d’autre part, le secret ne doit pas porter préjudice aux droits de la défense[[12]](#footnote-12).

Encore, signalons qu’une nouvelle dérogation résulte de la loi du 22 décembre 2021. Celle-ci eut notamment pour objet la possibilité de filmer les audiences judiciaires et administratives (voir infra), mais le III du nouvel article 38 quater de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit bien que « Le présent article est également applicable, par dérogation à l'article 11 du code de procédure pénale, aux audiences intervenant au cours d'une enquête ou d'une instruction ainsi qu'aux auditions, interrogatoires et confrontations réalisés par le juge d'instruction. Lors des auditions, interrogatoires et confrontations, l'enregistrement est subordonné à l'accord préalable et écrit des personnes entendues et le juge d'instruction peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement ».

**6. Cas de la communication du procureur de la République.** Enfin, il est prévu à titre exceptionnel qu’une communication officielle, révélant certains éléments de la procédure d’enquête ou d’instruction, puisse être faite si les circonstances l’exigent[[13]](#footnote-13). Le contenu d’une telle communication est extrêmement restrictif, puisqu’il ne s’agit que de « 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 ».

Les finalités alternatives d’une telle communication sont précisées par l’article 11, alinéa 3 : éviter la propagation d’informations parcellaires ou inexactes, mettre fin à un trouble à l’ordre public, et, depuis un ajout de la loi du 22 décembre 2021, « tout autre impératif d’intérêt public ».

L’acteur-clé de cette communication est le procureur de la République, même s’il peut la décider non seulement d’office, mais aussi être sollicité en ce sens par la juridiction d’instruction ou une partie. Par ailleurs, depuis encore la loi du 22 décembre 2021, le procureur peut déléguer cette communication à « un officier de police judiciaire agissant avec son accord et sous son contrôle ». Mais en dehors de cette hypothèse précise, un officier de police judiciaire ne peut communiquer aucun élément secret à des tiers[[14]](#footnote-14).

**7. Pénalisation de la violation du secret de l’enquête et de l’instruction.** Ces réserves et nuances mises à part, la protection du secret de l’enquête et de l’instruction est renforcée par l’alinéa 2 de l’article 11, prévoyant que toute violation du secret est constitutive d’une infraction pénale. A titre principal, la pénalisation est celle visant une personne qui était tenue au secret de l’enquête et de l’instruction, et qui a méconnu son obligation, la loi du 22 décembre 2021 ayant entièrement remodelé l’incrimination antérieure (A). Si les personnes qui ne sont pas tenues à ce secret ne sauraient tomber sous le coup du nouveau texte, plusieurs autres incriminations pourront malgré tout prolonger la protection des secrets de procédure (B).

**A. Pénalisation de la violation par une personne tenue au secret**

**8. Incrimination.** Classiquement, le deuxième alinéa de l’article 11 assimilait la violation du secret de l’enquête ou de l’instruction à une violation du secret professionnel au sens des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

La loi du 22 décembre 2021 a supprimé cette référence, tout en incriminant spécialement, dans un article 434-7-2 du Code pénal auquel il est désormais renvoyé, le comportement correspondant, soit « le fait pour toute personne qui, en raison de ses fonctions, a connaissance, en application du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit de révéler sciemment ces informations à des tiers ».

La rédaction nouvelle ne devrait entraîner aucune modification substantielle, puisque l’article 226-13 incrimine de manière similaire « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

**9. Répression.** Les peines du nouvel article 434-7-2 en revanche, sont considérablement plus sévères : trois ans d’emprisonnement et 45.000 euros d’amende, peines aggravées lorsque la révélation est faite par une personne à des personnes que l’on sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs dans la commission de ces infractions, et que cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité[[15]](#footnote-15). La peine est aggravée alors à cinq ans d’emprisonnement et 75.000 euros d’amende, voire sept ans d’emprisonnement et 100.000 euros d’amende lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant de l'article 706-73 du code de procédure pénale[[16]](#footnote-16).

**10. Champ d’application.** Les tiers visés à l’art. 434-7-2, bénéficiaires de la révélation litigieuse, doivent être compris comme des tiers à la procédure. Ainsi, aucun texte n’interdit au juge d’instruction de délivrer à l’avocat d’une partie civile, avant l’audition de celle-ci, dont la constitution n’a pas été contestée par le ministère public, une copie de la procédure[[17]](#footnote-17). Il existe par ailleurs une tolérance, importante en pratique, relative à l’annexion de pièces issues d’une première procédure, à une seconde[[18]](#footnote-18).

Les avocats sont concernés par les obligations au secret, et il existe quelques illustrations jurisprudentielles de condamnations[[19]](#footnote-19). Mais ils bénéficient logiquement d’un régime assoupli, pour deux raisons principales :

* D’une part, l’article 434-7-2 mentionne bien qu’il doit être appliqué « sans préjudice des droits de la défense reconnus à la personne suspectée ou poursuivie ou des droits des victimes »[[20]](#footnote-20) ;
* D’autre part, l’avocat dispose d’une liberté d’expression accrue, qui l’autorise parfois à révéler certains secrets[[21]](#footnote-21).

**B. Pénalisation de la violation par une personne non-tenue au secret**

**11. Inapplicabilité de l’article 434-7-2 du Code pénal.** En appliquant a contrario le texte de l’article 434-7-2 du Code pénal, il est certain qu’une personne qui révélerait les informations mentionnées n’encourt pas la répression prévue si ces informations ne sont pas venues à sa connaissance « du fait de ses fonctions ».

En revanche, plusieurs incriminations prolongent la protection du secret de l’enquête et de l’instruction. Celles-ci ne seront ici présentées que rapidement, à titre, de rappel, la loi pour la confiance dans l’institution judiciaire n’ayant que modifié les peines encourues au titre de la première, qui figure à l’article 114-1 du Code de procédure pénale.

**12. Article 114-1 du Code de procédure pénale.** Les parties (mis en examen, témoins assistés, parties civiles), témoins et plaignants, ne sont pas soumis directement au texte nouveau, et peuvent donc communiquer comme ils l’entendent, à condition de ne pas divulguer des copies de pièces ou actes d’une procédure d’instruction[[22]](#footnote-22), dans le cas où une reproduction leur avait été confiée, en application de l’article 114 du Code de procédure pénale[[23]](#footnote-23). En effet, l’article 114-1 incrimine la diffusion de ces reproductions « auprès d’un tiers », en menaçant son auteur des mêmes peines que celles fulminées par l’article 434-7-2 du Code pénal : c’est encore la loi du 22 décembre 2021 qui a procédé à ce rehaussement et à cet alignement.

**13. Article 38 de la loi sur la presse.** L’obligation au secret s’applique jusqu’à la clôture de l’instruction, par une décision de règlement définitive. A compter de cette décision, les copies du dossier pénal peuvent être librement communiquées à des tiers, y compris des journalistes[[24]](#footnote-24), qui ne peuvent cependant pas les publier avant la lecture en audience publique, en application de l’article 38 de la loi du 29 juillet 1881 : « Il est interdit de publier les actes d’accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu’ils aient été lus en audience publique et ce, sous peine d’une amende de 3750 euros ». Cette disposition, qui vise principalement à sauvegarder la présomption d’innocence[[25]](#footnote-25), n’emporte pas une violation disproportionnée du droit à la liberté d’expression[[26]](#footnote-26). En effet, l’alinéa 1er de l’art. 38 n’empêche pas l’analyse ou le commentaire des actes de procédure, ou la publication d’une information dont la teneur a été puisée dans la procédure elle-même, mais se borne à interdire toute reproduction littérale de ces actes, et ce seulement jusqu’à ce qu’ils soient lus en audience publique ; ainsi une telle restriction, limitée et temporaire, n’entrave pas totalement le droit pour la presse d’informer le public[[27]](#footnote-27).

**14. Article 321-1 du Code pénal (recel).** Comme dit précédemment, les tiers – spécialement les journalistes[[28]](#footnote-28) - ne sont pas directement concernés par l’article 434-7-2 du Code pénal, mais s’ils diffusent des informations auxquelles ils n’auraient précisément pas dû avoir accès, l’infraction de recel[[29]](#footnote-29) pourra être applicable[[30]](#footnote-30) - auquel cas les peines encourues seront plus lourdes que celles de l’infraction principale. Il faudra alors être certain que l’information litigieuse provient d’un secret de l’enquête ou de l’instruction[[31]](#footnote-31), étant rappelé que les enquêteurs ne doivent pas s’attendre à une quelconque collaboration des journalistes à ce titre : « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public. (…) »[[32]](#footnote-32).

Le cas spécifique d’un journaliste qui assiste, le cas échéant à l’invitation de l’autorité judiciaire, à une opération d’enquête ou d’instruction (interpellation, perquisition…) a été tranché tardivement : le 10 janvier 2017, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirmait que (au-delà d’une éventuelle condamnation pour recel de violation du secret) « constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, l'exécution d'un tel acte par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image »[[33]](#footnote-33).Peu après, le ministère de la Justice adressait le 27 avril 2017 une dépêche en forme de circulaire[[34]](#footnote-34) indiquant qu’aucun journaliste, même muni d’une autorisation, ne devait assister à une perquisition ni aucune autre mesure d’investigation[[35]](#footnote-35). Pour l’association de la presse judiciaire, agissant devant la juridiction administrative[[36]](#footnote-36) il en résulte une méconnaissance de la liberté de communication. Ce grief tiré de la méconnaissance de l’art. 11 DDHC est cependant écarté, l’atteinte critiquée demeurant « nécessaire, adaptée et proportionnée »[[37]](#footnote-37).

**15. Transition.** Ces différentes incriminations permettent d’étendre largement la répression pénale, pour atteindre d’autres personnes que celles ayant révélé des informations qui leur avaient été confiées dans le cadre d’une enquête ou d’une instruction. L’ensemble confirme la volonté du législateur – approuvé par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne – de protéger le secret entourant la phase préparatoire au procès pénal. Cette tendance fut confortée par la loi du 22 décembre 2021, qui, d’une façon qui pourrait paraître paradoxale, a par ailleurs contribué à lever davantage le secret entourant cette fois la phase du jugement.

**II. L’ouverture du secret de la phase du jugement**

**16. Plan.** Si la procédure pénale n’a jamais été secrète au stade du jugement, elle l’est moins encore depuis la loi du 22 décembre 2021 envisageant l’enregistrement audiovisuel de certains procès. Cette large publicité voire cette médiatisation potentielle des audiences (A) contraste avec la phase purement décisionnelle, qui demeure secrète (B).

1. **Publicité et diffusion des audiences**

**1° Contexte précédant la loi « confiance »**

**17. Principe cardinal de publicité de la justice[[38]](#footnote-38).** Puisque la justice est publique, l’audience est ouverte et le public peut librement y assister – sauf exceptions dues au particularisme de certains contentieux[[39]](#footnote-39), au contexte sanitaire, ou à d’autres impératifs divers justifiant le huis clos. Alors, les citoyens n’ont pas accès aux tribunaux, et la presse ne dispose à cet égard d’aucune dérogation[[40]](#footnote-40). Du moins en principe. Il existe en effet des cas particuliers dans lesquels une distinction entre le public et la presse peut être faite. Tel fut le cas de la réglementation sanitaire de 2020[[41]](#footnote-41), ou antérieurement, d’un arrêt dans lequel la Cour de cassation fit droit à la demande d’une partie civile, victime d'un viol, qui avait sollicité le huis clos du procès d’assises, tout en demandant qu'il ne s'appliquât pas aux représentants accrédités de la presse[[42]](#footnote-42).

**18. Publicité et enregistrement des audiences.** Pour autant, la publicité des audiences n’entraînait pas leur nécessaire retranscription, bien au contraire. Ainsi, « Dès l’ouverture de l’audience des juridictions administratives ou judiciaires, l’emploi de tout appareil permettant d’enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l’image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l’image utilisés en violation de cette interdiction »[[43]](#footnote-43). Cet article a été modifié à la marge par la loi du 22 décembre 2021 qui en augmente les peines, puisqu’en plus de l’amende de 4.500 euros et de la confiscation (qui continuent à être encourues), une peine de deux mois d’emprisonnement est ajoutée. Si son prononcé pour de tels faits est très improbable, l’emprisonnement encouru est de nature à permettre la garde à vue de la personne.

Cet article 38 ter de la loi sur la presse date de la loi du 6 décembre 1954 qui a posé le principe de l’interdiction de la captation des débats judiciaires, à la suite des perturbations importantes qui avaient émaillé les procès Dominici et Marie Besnard, perturbés par des flashs incessants des journalistes venus assister en masse à ces procès surmédiatisés[[44]](#footnote-44). Cependant, l’article prévoit que, sur demande présentée avant l’audience, le président peut autoriser des prises de vues si les débats ne sont pas commencés et si les parties, leurs représentants et le ministère public y consentent[[45]](#footnote-45). Par ailleurs, il peut y avoir des tolérances : depuis des décennies, des documentaires sont faits qui permettent aux journalistes de filmer des procès, même sans flouter les visages[[46]](#footnote-46). Cela sans fondement textuel idoine : la « police de l’audience » a toujours laissé une importante marge d’appréciation aux présidents…

En tous les cas, cette interdiction est conforme à l’art. 10 CEDH[[47]](#footnote-47), mais également à la Constitution[[48]](#footnote-48), le Conseil constitutionnel[[49]](#footnote-49) ayant toutefois précisé que cette interdiction n’était pas de nature à interdire aux journalistes « de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement » (§ 9 – pratique dite du « live-tweet »[[50]](#footnote-50)). Plus classiquement, les « croquis d’audience » par des dessinateurs de presse sont autorisés[[51]](#footnote-51), sauf décision contraire du président en vertu, à nouveau, de son pouvoir de police… (décision contre laquelle aucun recours n’existe).

**19. Audiences filmées pour les archives audiovisuelles de la justice.** Portée par Robert Badinter, la loi du 11 juillet 1985[[52]](#footnote-52) permit l’enregistrement audiovisuel ou sonore des audiences publiques (devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire) lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice[[53]](#footnote-53). Sur cette base, ont notamment été enregistrés les procès Barbie (1987), Papon (1997-1998), Touvier (1994), du sang contaminé (1993), des accusés du génocide rwandais ; de Charlie Hebdo (2020)… mais pas les crimes terroristes de M. Merah[[54]](#footnote-54).

**20. Débats antérieurs à la loi « confiance » sur l’opportunité d’étendre l’enregistrement audiovisuel des audiences. Objectifs.** Filmer davantage paraissait légitime dans une société qui accorde une place prépondérante aux images, aussi l’idée est-elle souvent revenue, spécialement depuis un rapport (« Linden ») de 2005 de la commission sur l’enregistrement et la diffusion des débats judiciaires[[55]](#footnote-55). Il s’agit de donner au public une représentation de la justice telle qu’elle est effectivement rendue, mais encore de dépasser les choix arbitraires des médias, souvent focalisés sur certaines affaires, «  en raison soit de l’extrême gravité des faits, soit de la qualité des personnes qui vont être jugées »[[56]](#footnote-56). Pour Denis Salas, « l’image du procès imposerait le récit tel que les acteurs l’écrivent. Son intégrité et l’éthique des professionnels seraient contrôlables. Leur impartialité plus lisible. Les décisions mieux comprises. Elle serait une source de confiance pour une institution dont la cote de popularité est peu élevée compte tenu des passions et des mécontentements qu’elle génère mais aussi de sa faible légitimité dans notre démocratie »[[57]](#footnote-57). Ces mots qui datent de 2019, reprennent pourtant exactement l’argumentaire développé par les défenseurs de la loi du 22 décembre 2021.

**21. Craintes.** Certes, deux risques étaient avancés. D’abord, celui de troubler la sérénité des débats. La commission « Linden » précitée préconisait de donner au président un pouvoir total de police de l’audience vis-à-vis des médias, lui permettant notamment d’interrompre à tout moment l’enregistrement si celui-ci venait à perturber les débats[[58]](#footnote-58). Ensuite, la crainte est celle que les audiences soient dénaturées et artificialisées par la conscience qu’ont les protagonistes d’être enregistrés[[59]](#footnote-59). Cependant il est d’ores et déjà permis de rapporter, de rendre compte des audiences, y compris en direct sur les réseaux sociaux : une immunité pénale est même instituée en faveur des journalistes pour leur permettre de reproduire les outrages, injures et diffamations qu’auraient prononcé des témoins ou parties…Il y a donc d’ores et déjà des enregistrements. Une petite phrase bien sentie se retrouvera sans doute le lendemain dans les journaux (et dans l’heure voire la minute sur internet). Le caractère audiovisuel de l’enregistrement est-il de nature à réellement faire changer les choses ?

**2° Contenu de la loi « confiance »**

**22. Procédure.** La loi du 22 décembre 2021 a tenté de répondre à ces craintes en autorisant[[60]](#footnote-60) l'enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience, pour un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique, en vue de sa diffusion, mais au prix d’une longue et lourde procédure, détaillée dans le nouvel article 38 quater de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Relevons notamment que :

* Les modalités de l'enregistrement ne portent atteinte ni au bon déroulement de la procédure et des débats, ni au libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées, dont la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. Si besoin, le magistrat chargé de la police de l’audience peut, discrétionnairement et à tout moment, suspendre ou arrêter l’enregistrement (al. 3) ;
* La diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement n'est possible qu'après que l'affaire a été définitivement jugée (al. 4) ; mais elle est également partiellement limitée dans le temps, puisque aucun élément d'identification des personnes enregistrées ne peut être diffusé cinq ans après la première diffusion de l'enregistrement ou dix ans après l'autorisation d'enregistrement (al. 8) ;
* La diffusion est réalisée dans des conditions ne portant atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence. Cette diffusion est accompagnée d'éléments de description de l'audience et d'explications pédagogiques et accessibles sur le fonctionnement de la justice (al. 5) ;
* Un accord des parties au litige, ou de l’une d’elles, est requis lorsque l’audience n’est pas publique, lorsque la partie est un majeur protégé ou mineur (al. 2). En toute hypothèse, l'image et les autres éléments d'identification des personnes enregistrées[[61]](#footnote-61) ne peuvent être diffusés qu'avec leur consentement donné par écrit avant la tenue de l'audience[[62]](#footnote-62). Les personnes enregistrées peuvent rétracter ce consentement dans un délai de quinze jours à compter de la fin de l'audience (al. 6). De tels accords ne peuvent faire l’objet d’aucune contrepartie (al. 9).

Le fait de diffuser un enregistrement sans respecter les conditions de diffusion est puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 € d’amende. Cette incrimination devrait donc pouvoir être articulée sans difficulté majeure avec l’incrimination de l’article 38 *ter*, ne punissant que l’enregistrement « sauvage ».

**23. Domaine. Censure constitutionnelle des dispositions similaires relatives à la Cour de justice de la République.** Ne sont en revanche pas concernées les audiences devant la Cour de justice de la République. En effet, la loi organique qui prévoyait également cette possibilité a été censurée sur ce point par le Conseil constitutionnel[[63]](#footnote-63), qui a relevé que « S’il est loisible au législateur organique, au regard de l’intérêt public qu’elles présentent, d’autoriser l’enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République en vue de leur diffusion, il lui revient d’adopter des dispositions propres à garantir le droit au respect de la vie privée et la présomption d’innocence, qui résulte des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789 ». Or, en l’espèce, « En prévoyant que l’enregistrement des audiences devant la Cour de justice de la République est "de droit" sans déterminer précisément les conditions et modalités de cet enregistrement, le législateur a méconnu l’étendue de sa compétence et privé de garanties légales les exigences découlant des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789 ».

1. **Maintien légitime du secret du délibéré**

**24. Rappels.** Si les débats sont publics, voire pour certains, médiatisés, le véritable processus de prise de décision ne l’est pas, et la presse ne bénéficie à cet égard d’aucun traitement de faveur. Une disposition générale de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse « interdit de rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours et tribunaux »[[64]](#footnote-64). Le secret du délibéré est parfois affirmé explicitement par certains textes. Ainsi en matière d’assises, de l’article 304 du Code de procédure pénale, au sujet duquel la Cour de cassation a précisé qu’ « une dérogation à l'obligation de conserver le secret des délibérations, édictée par l'article 304 du code de procédure pénale, ne saurait être admise, même à l'occasion de poursuites pour violation du secret du délibéré, sans qu'il soit porté atteinte tant à l'indépendance des juges, professionnels comme non-professionnels, qu'à l'autorité de leurs décisions »[[65]](#footnote-65)**.**

Dans le cas particulier du journaliste qui réussit par un procédé astucieux, à filmer le délibéré, c’est l’atteinte à la vie privée (art. 226-1 CP) qui semble devoir être caractérisée[[66]](#footnote-66), la salle du délibéré étant un « lieu privé » au sens de cet article.

**25. Perspectives.** Doit-on s’émouvoir de ce secret absolu du délibéré ? Peut-il entretenir une forme de défiance du public envers l’institution de la justice ? On pourrait affirmer, en effet, que la transparence et la publicité de la justice n’ont de sens que si elles concernent l’entièreté de la procédure pénale… Ce à quoi il convient de rétorquer que le secret du délibéré ne doit pas et ne peut pas évoluer. D’une part, il s’agit d’un impératif pour la bonne prise des décisions de justice, mais aussi pour la sécurité de ceux qui y participent. D’autre part, le renouveau considérable, depuis quelques années, de la motivation des décisions pénales devrait permettre aux justiciables (et aux observateurs et commentateurs) de mieux comprendre le raisonnement qui a été tenu pour les prendre.

1. H. Matsopoulou, Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire. Principales dispositions relatives au procès pénal, des avancées d’une efficacité douteuse : JCP G 24 janv. 2022, n° 3, 114. [↑](#footnote-ref-1)
2. Titre de l’article de S. Detraz in Gaz. Pal. 22 févr. 2022, n° 6, p. 65. [↑](#footnote-ref-2)
3. J. Buisson, L’encadrement de l’enquête préliminaire dans la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 : Droit pénal févr. 2022, étude 4. [↑](#footnote-ref-3)
4. H. Matsopoulou, Les sanctions des atteintes au secret professionnel de l’avocat : Gaz. Pal. 18 janv. 2022, n° 2, p. 11 ; F. Safi, Opposabilité du secret professionnel de l'avocat : un pas en avant, deux pas en arrière : Droit pénal 2022, étude 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tel que prévu à l’article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. [↑](#footnote-ref-5)
6. G. Beaussonie, Le secret professionnel « de la défense et du conseil » dans la loi pour la confiance dans l’institution judiciaire : Gaz. Pal. 22 févr. 2022, n° 6, p. 70 et s. ; C. Porteron, Le secret professionnel de la défense et du conseil : une consécration singulière et des incertitudes à venir : AJ Pénal 2022, p. 19. [↑](#footnote-ref-6)
7. V. not., le nouvel art. 56-1-1 CPP. [↑](#footnote-ref-7)
8. Art. 60-1-1 CPP. [↑](#footnote-ref-8)
9. Art. 100 CPP. [↑](#footnote-ref-9)
10. Opposition ainsi présentée : « Le principe de la liberté d’information et ainsi du contrôle médiatique du fonctionnement de la justice n’apparaît qu’assez tardivement dans la chronologie des étapes de la procédure judiciaire. Il n’est officiellement posé qu’au stade de l’audience » (F. Bussy, Les images du procès et l’entrée des caméras dans les salles d’audience : Légicom 2012/1, n° 48, p. 83). [↑](#footnote-ref-10)
11. Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, § 9. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sur cette hypothèse, très imprécise, V. C. Duvert et D. Beauvais, Révélation d’informations issues d’une enquête ou d’une instruction : J.-C. Procédure pénale, fasc. 30, 2018, n° 18-20. Adde C. Ambroise-Castérot, Droit de la défense et secret de l’instruction : Mélanges Guinchard, Dalloz, 2010, p. 887. [↑](#footnote-ref-12)
13. V. Peltier, Le traitement de l’information pendant l’instruction préparatoire : exégèse de l’article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale : Droit pénal 2008, étude 16. [↑](#footnote-ref-13)
14. Crim., 24 mars 2020, n° 19-80909, publié au Bulletin. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cette cause d’aggravation reprend presque exactement l’incrimination qui figurait jusqu’à la loi de 2021, précisément dans cet article 434-7-2 CP. [↑](#footnote-ref-15)
16. Art. 434-7-2, al. 2 et 3 CPP. [↑](#footnote-ref-16)
17. Crim., 2 novembre 2016, n° 16-83778, inédit. [↑](#footnote-ref-17)
18. Crim., 9 mai 2018, n° 18-80066, publié au Bulletin. [↑](#footnote-ref-18)
19. Crim., 18 septembre 2001, n° 00-86518 : Bull. crim. n° 179 ; Crim., 27 octobre 2004, n° 04-81513 : Bull. crim. n° 259. [↑](#footnote-ref-19)
20. V. déjà : Conseil constitutionnel, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, § 11 : « le secret de l'enquête et de l'instruction s'entend « sans préjudice des droits de la défense ». Les parties et leurs avocats peuvent en conséquence communiquer des informations sur le déroulement de l'enquête ou de l'instruction ». [↑](#footnote-ref-20)
21. CEDH, 5ème sect., 15 décembre 2011, n° 28198/09, Mor c/ France. V. J.-B. Perrier, La liberté d’expression des avocats : RPDP 2016, n° 1, p. 67 et s. [↑](#footnote-ref-21)
22. Pour une application : Crim., 11 mars 2020, n° 19-84887, publié au Bulletin. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sous réserve des dispositions de son sixième alinéa. [↑](#footnote-ref-23)
24. V. par ex. : Crim., 28 mars 2012, n° 11-83733, inédit. [↑](#footnote-ref-24)
25. Crim., 28 janvier 2014, n° 12-88430 : Bull. crim. n° 25. [↑](#footnote-ref-25)
26. CEDH, 1er juin 2017, n° 68974/11, 2395/12 et 76324/13, Giesbert et a. c/ France (affaire Bettencourt). [↑](#footnote-ref-26)
27. CEDH, 24 novembre 2005, n° 53886/00, Tourancheau et July c/ France, § 73 ; idem : Crim., 22 juin 1999, n° 98-84197 : Bull. crim. n° 146. [↑](#footnote-ref-27)
28. A. Dejean de la Bâtie, La juste place du journaliste dans l’enquête pénale : D. 2022, n° 4, p. 178. [↑](#footnote-ref-28)
29. V. par ex. : Crim., 25 octobre 2005, n° 05-81457 : Bull. crim. n° 268. Le droit commun du recel de violation du secret n’exclut pas l’application du texte spécial de l’article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (Crim., 12 juin 2007, n° 06-87361 : Bull. crim. n° 157). [↑](#footnote-ref-29)
30. Ce qui, en soi, n’est pas contraire à l’art. 10 CEDH (CEDH, 29 mars 2016, n° 56925/08, Bédat c/ Suisse). [↑](#footnote-ref-30)
31. Comp. Crim., 19 oct. 2021, n° 21-81569, publié au Bulletin, § 14 : « la publication d'actes de procédure, postérieurement à leur réalisation, ne permet pas d'établir qu'ils aient été effectués en violation du secret de l'instruction ». [↑](#footnote-ref-31)
32. Art. 2 de la loi du 29 juillet 1881, tel que modifié par la loi **n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes.** [↑](#footnote-ref-32)
33. Crim., 10 janvier 2017, n° 16-84740, publié au Bulletin. V. depuis : Crim., 10 janvier 2018, n° 17-84896, inédit ; Crim., 9 mars 2021, n° 20-83304, publié au Bulletin, § 8. [↑](#footnote-ref-33)
34. CRIM-PJ n° 2017-0063-A8. [↑](#footnote-ref-34)
35. Comp. Crim., 19 oct. 2021, n° 21-81569, publié au Bulletin, § 13 : « la seule présence de tiers lors d'une interpellation sur la voie publique ne suffit pas à caractériser la violation du secret de l'instruction par les fonctionnaires de police ». [↑](#footnote-ref-35)
36. QPC transmise par CE, 27 déc. 2017, n° 411915. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, § 12. [↑](#footnote-ref-37)
38. V. M. Nicolas-Gréciano et E. Raschel, La publicité de la justice, Regards de droit interne, européen et international : IFJD, coll. Colloques et essais, 2022. [↑](#footnote-ref-38)
39. V., not., pour les mineurs : art. L. 513-1 et s. CJPM. [↑](#footnote-ref-39)
40. Un compte-rendu sera envisageable, si des éléments pertinents sont par ailleurs récupérés par la presse (C. Courtin, Presse et audience pénale, in C. Courtin, F. Ghelfi et C. Porteron, Presse et procès pénal : L’Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2020, p. 15 et s., spéc. p. 26). [↑](#footnote-ref-40)
41. Tel fut surtout le cas dans le cadre de la crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19. Evidemment, la distanciation sociale a nui au principe de publicité. Pourtant, dès le début, le souci de protéger le travail des journalistes est constaté. En matière pénale, les journalistes pouvaient assister aux audiences même à huis clos, dans les conditions déterminées par le président de la juridiction ou le magistrat concerné (art. 7 de l’ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020). Avec les ordonnances n° 2020-1400 (civil) et n° 2020-1401 (pénal) du 18 novembre 2020, seule la publicité restreinte fut prévue et non plus le huis clos. Les journalistes ne furent pas concernés par ces restrictions, comme l’a clairement indiqué le Conseil d’État (CE, ord. Réf., 27 novembre 2020, n° 446712, § 18), et ils pouvaient assister à l’audience en suivant les conditions déterminées par le président. Il reste à savoir si les présidents peuvent déterminer des conditions propres à décourager la presse d’assister aux audiences, auquel cas la règle serait largement contournée… [↑](#footnote-ref-41)
42. En application de l'article 306, alinéa 3, du Code de procédure pénale (Crim., 2 mars 2005, n° 04-83220 : Bull. crim. n° 75 : « Attendu qu'en statuant ainsi, les juges ont respecté les prescriptions dudit texte, non contraires à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lesquelles, lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol, le huis clos est de droit si la victime partie civile le demande et ne peut être ordonné que si elle ne s'y oppose pas ; qu'il résulte de ces dispositions que l'étendue de la mesure de huis clos est laissée à l'appréciation de la victime partie civile »). [↑](#footnote-ref-42)
43. Art. 38 ter de la loi du 29 juillet 1881.Adde spécialement pour la cour d’assises, l’art. 308 CPP. [↑](#footnote-ref-43)
44. C. Courtin, Presse et audience pénale : art. préc., spéc. p. 18. [↑](#footnote-ref-44)
45. Dans le procès Guy Georges, le tueur de l’Est parisien, le président avait autorisé une prise de vue de l’accusé… qui entrait en souriant dans le box des accusés. Il en est résulté des perturbations sur la suite de la procédure. [↑](#footnote-ref-45)
46. L’un des plus connus est « dixième chambre. Instants d’audience », documentaire de Raymond Depardon en 2004. [↑](#footnote-ref-46)
47. Crim., 8 juin 2010, 09-87526, Bull. crim. n° 103, à propos du rédacteur en chef d’une station de télévision qui a diffusé un enregistrement vidéo montrant le président et les assesseurs d’une cour d’assises lors du prononcé du verdict. [↑](#footnote-ref-47)
48. **Crim., 24 mars 2020, n° 19-81769, publié au Bulletin (**condamnation de Paris Match pour la publication de photographies prises lors du procès d’Abdelkader Merah dans la salle d’audience). [↑](#footnote-ref-48)
49. Conseil constitutionnel, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC. [↑](#footnote-ref-49)
50. S. Durand-Souffland, Les comptes rendus d’audience. Twitter et le déroulement du procès en temps réel : Légicom 2012/1, n° 48, p. 75-77 ; F. Saint-Pierre, Twitter aux mains des chroniqueurs judiciaires : le meilleur et le pire : AJ Pénal 2015, p. 83 et s. [↑](#footnote-ref-50)
51. A.-M. Sauteraud, Le statut des dessinateurs de presse et le droit à l’image des justiciables : Légicom 2012/1, n° 48, p. 79-81. [↑](#footnote-ref-51)
52. Loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d’archives audiovisuelles de la justice ; à propos de laquelle V. not. J. Pradel, Les techniques audiovisuelles, la justice et l’histoire : D. 1986, p. 114. [↑](#footnote-ref-52)
53. Art. L. 221-1 du Code du patrimoine. V. J.-B. Thierry, Filmer pour l’histoire : l’enregistrement pour la constitution d’archives historiques de la justice : AJ Pénal 2020, p. 458. [↑](#footnote-ref-53)
54. V. à son sujet : Crim., 29 septembre 2017, n° 17-85774, publié au Bulletin. [↑](#footnote-ref-54)
55. E. Linden (dir.), Rapport de la commission sur l’enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, min. de la Justice, 1er février 2005. [↑](#footnote-ref-55)
56. E. Derieux, Contrôles réciproques, Garanties et limites de la liberté d’information : Légicom 2012/1, n° 48, p. 150. [↑](#footnote-ref-56)
57. D. Salas, La justice du XXIème siècle, le défi de l’image : Cah. Just. 2019, 107. Adde A. Garapon, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, 2001, p. 268, pour qui « La médiatisation de la justice constitue bien une forme de transparence, entendue comme un « contact direct avec la réalité ». [↑](#footnote-ref-57)
58. Comp. Art. L. 221-4 C. patrimoine : « Les enregistrements sont réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats ni au libre exercice des droits de la défense. Ils sont réalisés à partir de points fixes.

    Lorsque les dispositions du premier alinéa ne sont pas respectées, le président de l'audience peut, dans l'exercice de son pouvoir de police, s'opposer aux enregistrements ou les interrompre momentanément ». [↑](#footnote-ref-58)
59. V. affirmant que la présence de caméras dans une salle d’audience a une incidence sur le rituel judiciaire : S. Sontag-Koenig, art. préc., et Technologies de l’information et de la communication et défense pénale, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015, p. 450 s. [↑](#footnote-ref-59)
60. « Par dérogation au premier alinéa de l'article 38 ter », comme le relèvent les premiers mots de l’article 38 quater. [↑](#footnote-ref-60)
61. L'image et les autres éléments d'identification des mineurs ou des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique ne peuvent, en aucun cas, être diffusés. [↑](#footnote-ref-61)
62. Ceci sans préjudice de l’article 39 sexies de la loi du 29 juillet 1881. [↑](#footnote-ref-62)
63. Cons. Const., 17 décembre 2021, n° 2021-829 DC, § 28-33. [↑](#footnote-ref-63)
64. Art. 39, al. 4 de la loi du 29 juillet 1881 (amende de 18.000 euros). [↑](#footnote-ref-64)
65. Crim., **25 mai 2016, n° 15-84099 : Bull. crim. n° 160.** [↑](#footnote-ref-65)
66. Crim., 16 février 2010, n° 09-81492 : Bull. crim. n° 25. [↑](#footnote-ref-66)