

12-14 rue Charles Fourier

75013 Paris

Tel 01 48 05 47 88

Fax 01 47 00 16 05

Mail : contact@syndicat-magistrature.org

site : www.syndicat-magistrature.org

Twitter : @SMagistrature

Paris, le 16 juillet 2019

Observations devant la mission parlementaire d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction

Le régime du secret de l'enquête et de l'instruction¹ est actuellement régi par l'article 11 du code de procédure pénale, dont il paraît utile de reproduire *in extenso* les dispositions, dans leur rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 :

« 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'information parcellaire ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office ou 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 bienfondé des charges retenues contre les personnes mises en cause. »

1

☞ Dans la suite de ce document, sauf mention contraire, le terme général « secret de l'enquête » sera utilisé pour désigner au sens large le secret dans le cadre des enquêtes préliminaire et de flagrance suivies par le parquet et le secret dans le cadre de l'information judiciaire, tous les deux soumis de la même manière au régime juridique prévu par l'article 11 du code de procédure pénale.

L'objet de cette disposition est de parvenir à une conciliation équilibrée entre des intérêts opposés : d'une part, la liberté de la presse et la liberté d'expression qui tendent à exiger une publicité des informations, et d'autre part le respect de la présomption d'innocence, la préservation de la vie privée des personnes mises en cause et la protection des nécessités de l'enquête (prévention des concertations frauduleuses, pressions et dissimulations d'éléments de preuve) qui tendent à imposer le secret sur l'enquête en cours. Du fait de cette recherche d'équilibre qui lui est inhérente, le secret de l'enquête n'est, contrairement à une confusion fréquente, ni général ni absolu : il ne vise que les informations directement issues de la procédure, ne s'impose qu'aux personnes concourant à l'enquête, ne dure que le temps de l'enquête et connaît de nombreuses exceptions légales². Par ailleurs, la répression de ses violations et de leur recel est nécessairement atténuée par la protection accordée à la liberté de la presse par les normes constitutionnelles et conventionnelles.

Application du cadre juridique actuel

Le secret de l'enquête et de l'instruction s'applique ainsi à l'ensemble des personnes qui concourent à la procédure soit, au terme de la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment les magistrats du siège chargés de l'enquête ou participant à celle-ci (juge d'instruction, mais aussi juge des libertés et de la détention, membres de la chambre de l'instruction), les magistrats du parquet (sous les réserves prévues à l'article 11 al 3 CPP), les greffiers, les officiers et agents de police judiciaire et les experts, interprètes et enquêteurs de personnalité.

Pour le magistrat, la protection du secret de l'enquête réside principalement dans le fait de s'abstenir de toute communication d'éléments confidentiels en dehors de l'hypothèse précise de communications prévues par la loi. Par ailleurs, lorsqu'il identifie des facteurs particuliers de risque, il s'attache à adopter dans la mesure du possible, dans les modalités de circulation de l'information, les dispositions permettant d'assurer une meilleure confidentialité.

2

□ A titre d'exemples et de manière non exhaustive : communication institutionnelle du parquet (art 11 al 3 CPP), publicité de certaines audiences dans le cadre de l'information judiciaire (art 137-1, 145 et 199 CPP), communication de toutes pièces suggérant une fraude à l'administration fiscale (art L101 LPF), communication à des organismes habilités à des fins de recherches en accidentologie (art 11-1 CPP), information de l'employeur chargé d'une mission de service public de la mise en examen de l'un de ses agents pour des faits susceptibles de créer un danger pour les biens ou les personnes (art 11-2 CPP), communication de pièces de procédure à la commission d'indemnisation des victimes (art 706-6 CPP)...

Au-delà de toute considération juridique, il convient de noter qu'en règle générale, le magistrat instructeur ou le magistrat du parquet en charge d'une enquête voit son travail significativement compliqué par la diffusion d'éléments couverts par le secret, et qu'il a donc par principe un intérêt direct à ce que la confidentialité soit respectée. En effet, la fuite d'informations relatives à l'enquête peut avertir des auteurs ou complices non encore interpellés, qui pourront être tentés de prendre la fuite et/ou de porter frauduleusement atteinte à la sincérité de l'enquête. La divulgation d'informations circonstanciées relatives à l'enquête peut également influencer plus ou moins consciemment les déclarations de témoins non encore entendus, au détriment de la manifestation de la vérité. En outre, la médiatisation sensationnaliste ou trop manichéenne d'une affaire peut créer un risque physique ou psychologique pour la personne mise en cause, compliquer considérablement la prise en charge de son éventuelle détention provisoire, ou rendre inutilement les interrogatoires et auditions à intervenir.

*

Les critiques, parfois relayées au plus haut niveau, selon lesquelles le secret de l'enquête n'aurait pas (ou plus) de réalité, procèdent trop souvent d'une mauvaise compréhension de sa nature. En effet, le secret de l'enquête n'est pas une interdiction générale et absolue d'évoquer publiquement une enquête en cours, et encore moins un droit subjectif pour le mis en cause d'imposer le silence sur une enquête dont il est l'objet. En effet, jusque dans le texte de l'article 11 du code procédure pénale et dans les incriminations auxquelles il renvoie (articles 226-13 et 226-14 C Pén), le secret de l'enquête n'est qu'une variété de secret professionnel, qui n'a pour effet que d'interdire aux professionnels concourant à la procédure de communiquer des éléments de celle-ci hors les cas expressément prévus par la loi.

En pratique, de nombreuses personnes peuvent avoir connaissance d'informations plus ou moins précises et/ou complètes relatives à une enquête en cours et les diffuser en toute légalité, soit directement, soit par l'intermédiaire de la presse. Tout d'abord, les avocats ne sont pas tenus au secret de l'enquête, ne « concourant » pas à celle-ci, mais seulement à leur propre secret professionnel, qui les autorise à communiquer des renseignements issus de la procédure à laquelle ils ont accès, pour les besoins de l'exercice des droits de la défense. Surtout, les parties, leurs proches, les témoins entendus ou même les passants assistant à une opération de police ont toute liberté de révéler les informations dont ils ont connaissance. A ce titre, force est de constater qu'il est des actes d'enquête qui, même avec un extrême souci de confidentialité, peuvent difficilement passer totalement inaperçus.

Les problématiques liées au secret de l'enquête ne semblent pas avoir évolué significativement au cours des années récentes. On peut toutefois former l'hypothèse que l'introduction par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 de l'actuel

article 11 alinéa 3 du code de procédure pénale, en instituant une fenêtre de publicité dont les conditions et modalités sont précisées et en consacrant le rôle du procureur de la République comme unique vecteur de communication, a formalisé des pratiques jusque là plus désordonnées. En tout état de cause, le stéréotype du juge d'instruction qui divulguerait officieusement à la presse des éléments confidentiels de ses procédures, à supposer qu'il ait un jour véritablement correspondu à une réalité courante, est en très grand décalage avec les pratiques professionnelles communément admises au XXIème siècle.

Le questionnaire de la mission d'information envisage expressément la question du rôle des réseaux sociaux, qui ont transformé la diffusion de l'information en général par l'immédiateté, l'horizontalité et la décentralisation qu'ils permettent. Si ces évolutions générales donnent indéniablement un écho plus important et plus immédiat aux informations diffusées par des particuliers ne concourant pas à la procédure (parties et leurs proches, témoins d'opérations de police...), elle ne paraissent pas avoir d'impact significatif sur le fond de la problématique du secret de l'enquête. S'agissant de la question plus spécifique des personnes soumises au secret de l'enquête ayant parallèlement une activité sur les réseaux sociaux dans le cadre de laquelle des anecdotes professionnelles pourraient être évoquées, les intéressés font manifestement preuve dans leur ensemble d'une très grande prudence sur ce point, et aucun incident ne suggère en l'état une difficulté systémique.

L'évolution récente la plus sensible au vu de la protection du secret de l'enquête tient à la dématérialisation des procédures, qui remplace progressivement les kilogrammes de papier des procédures physiques par des fichiers pouvant circuler de manière beaucoup plus discrète, massive et rapide. Ce changement d'échelle fait passer le risque de fuite d'informations de la simple photocopie de procès-verbal passée de main en main à la perspective de procédures entières obtenues par le biais d'intrusions à distance sur les serveurs du ministère de la Justice ou sur les ordinateurs personnels de professionnels, et le cas échéant diffusés très largement. Quiconque a expérimenté personnellement l'indigence de l'informatique des juridictions ne peut qu'être heureusement surpris de constater que ce risque ne se soit – apparemment en tout cas – pas encore réalisé à ce jour.

Un autre facteur de difficulté est lié aux logiciels métier, et notamment à Cassiopée, dont le fonctionnement prend bien peu en compte le secret de l'enquête. En effet, cet outil aujourd'hui impossible à contourner est avant tout conçu pour permettre à tous les professionnels habilités un large accès aux données relatives aux procédures traitées par les juridictions au niveau national. Si des options permettent dans une certaine mesure de « cacher » un dossier particulier aux utilisateurs non spécifiquement habilités, la mesure réelle de cette confidentialité demeure incertaine, si bien que les professionnels préfèrent souvent enregistrer les procédures les plus sensibles de manière incomplète ou fantaisiste. Par ailleurs, indépendamment de toute notion de procédure particulièrement sensible, les

renseignements de base relatifs à tout dossier en cours sont largement accessibles à un nombre très important d'intervenants présentant parfois des garanties de confidentialité très imparfaites (vacataires, stagiaires...).

*

Vis-à-vis des parties et de leurs avocats, la communication d'informations soumises au secret de l'enquête est pratiquée selon les modalités prévues par le code de procédure pénale : accès au dossier dans le cadre de l'information judiciaire (art 114 CPP) ou de l'enquête préliminaire (art 77-2 CPP), avis et notifications à la victime (art 80-3 CPP et art 138-1 CPP, notamment) ou à toutes les parties (art 161-1 CPP, notamment). Ainsi, conformément à la lettre de l'article 11 du code de procédure pénale (« sauf dans les cas où la loi en dispose autrement »), ces diffusions d'informations s'inscrivent dans un cadre strictement déterminé par la loi.

Il en est de même pour les échanges entre magistrats, étant observé que tant au niveau du parquet en raison du principe d'indivisibilité (art 34 et 39 CPP) qu'au niveau de l'instruction en raison des suppléances qu'implique nécessairement le suivi continu d'un dossier sur une période longue (art 84 al 4 CPP), une circulation des informations couvertes par le secret de l'enquête existe en principe entre les différents magistrats appartenant à un même parquet ou à un même service de l'instruction. De plus, le parquet dispose à tout moment d'un droit d'accès à tout dossier d'information de sa juridiction (art 82 al 2 CPP).

Les échanges entre magistrats ou avec les avocats sont par ailleurs souvent complétés par des échanges plus informels, soit à des fins de fluidité opérationnelle (communication de pièces de la procédure au juge d'instruction et aux avocats dans les heures précédant la formalisation effective du réquisitoire introductif...), soit sous la « foi du palais » (information des avocats des parties ou du parquet sur la nature des investigations en cours ou sur les résultats d'investigations déjà achevées mais non encore versées au dossier...). Ces échanges plus informels apparaissent souhaitables par la souplesse qu'ils introduisent et ne paraissent pas devoir créer de difficultés au regard de la protection du secret de l'enquête, notamment parce qu'ils se tiennent entre personnes soumises au secret (secret de l'enquête pour les magistrats et secret professionnel pour les avocats) et parce qu'ils portent généralement sur des informations destinées à devenir rapidement accessibles de manière officielle aux intéressés par le jeu des dispositions du code de procédure pénale.

S'agissant des rapports avec les officiers de police judiciaire en charge de la procédure, les échanges d'informations couvertes par le secret sont en principe nombreux et fluides. En effet, non seulement officiers de police judiciaire et

magistrats sont liés de manière conjointe par le secret de l'enquête à laquelle ils concourent, mais ils sont par principe réputés avoir un même intérêt à ce que ne soient pas divulguées des informations de nature à entraver les investigations. Surtout, le choix de désigner un service enquêteur d'une enquête donnée suppose pour le magistrat instructeur ou le magistrat du parquet une confiance dans la capacité de ce service à assurer un niveau de confidentialité suffisant.

Force est toutefois de constater que si les officiers de police judiciaire qui concourent directement aux enquêtes respectent généralement la confidentialité, leur hiérarchie ne résiste pas toujours à la tentation de « valoriser » les « belles affaires » de leur service par une communication institutionnelle réalisée souvent avec l'assentiment tacite du parquet, en violation du cadre prévu par l'article 11 du code de procédure pénale et des nécessités des investigations à venir. Il s'agit, de loin, de l'hypothèse la plus fréquente d'atteinte illicite au secret de l'enquête dans le quotidien des juridictions.

D'une manière générale, il est acquis que quelle que soit la confiance qui peut être accordée aux divers professionnels concernés, les risques d'atteintes au secret de l'enquête sont multipliés par le nombre de personnes mises dans la confiance. A ce titre, il n'est pas rare que dans des dossiers d'une très grande sensibilité ou exposés à un particulier risque de fuite d'informations confidentielles, les magistrats saisis limitent au maximum le nombre de professionnels informés : intervention sans substitution des seuls magistrats saisis, réalisation directe de certains actes d'enquête plutôt que par commission rogatoire, renseignement *a minima* du logiciel Cassiopée...

*

Le Syndicat de la magistrature ne dispose pas de statistiques sur le nombre de poursuites et de condamnations des chefs de violation du secret de l'enquête et de l'instruction et de recel de ce délit. Le ressenti des acteurs de terrain est cependant que les masses en cause sont a priori très faibles.

Le faible nombre de procédures s'explique probablement en grande partie par des considérations inhérentes à la nature du secret de l'enquête. En effet, les faits ne sont généralement révélés qu'indirectement, par la diffusion par un organe de presse d'informations potentiellement couvertes par le secret. Compte tenu de la nécessaire protection garantie au secret des sources des journalistes, il est alors fréquemment impossible d'identifier l'origine des informations, rendant impossible non seulement la poursuite d'un auteur principal, mais aussi souvent celui d'un éventuel receleur dans l'hypothèse où l'information aurait pu être aussi bien diffusée par une personne non tenue au secret de l'enquête.

Par ailleurs, les possibilités de poursuites du chef de recel du secret de l'enquête sont – de manière tout à fait opportune et justifiée – limitées par la protection accordée à la liberté d'expression notamment au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, tout en admettant la légitimité du secret de l'enquête et de la répression de ses violations³, exige qu'il soit fait application avec une grande prudence des délits susceptibles d'être poursuivis dans ce champ à l'encontre de journalistes, compte tenu du rôle de leur activité dans le débat public au sein d'une société démocratique⁴.

Enfin, le faible nombre de poursuites s'explique également par l'habitude de tolérance, voire d'assentiment, de nombreux parquets envers la communication institutionnelle de certains services enquêteurs qui souhaitent valoriser leurs « belles affaires » avec une considération parfois très variable pour l'article 11 du code de procédure pénale et pour le respect de la présomption d'innocence, la protection de la vie privée et les nécessités de la poursuite des investigations. Dans un registre différent, la communication très hasardeuse d'éléments couverts par le secret de l'enquête par certains syndicats de policiers ou – avec une illustration récente – par le ministre de l'Intérieur bénéficiant d'une tolérance dont rendent difficilement compte les textes législatifs applicables.

Le Syndicat de la magistrature refuse par principe que la diffusion d'informations relatives à une enquête en cours puisse être motivée par une stratégie de promotion institutionnelle ou individuelle. Il rappelle que l'article 11 du code de procédure pénale, qui procède d'un équilibre satisfaisant entre les intérêts en cause, confère au seul procureur de la République le soin de communiquer des informations sur une enquête en cours, en lui imposant de ne diffuser que des éléments objectifs ne portant aucune appréciation sur les charges, et uniquement pour éviter la propagation d'informations inexactes ou mettre fin à un trouble à l'ordre public.

Sur la question des poursuites, il convient enfin de citer séparément l'article 434-7-2 du code pénal, plus spécifique, qui vise le cas particulier d'une violation du secret effectuée au profit de personnes susceptibles d'être mises en cause, dans le but de nuire aux nécessités de l'enquête. Contrairement à la violation « simple » du secret prévu par l'article 11 du code de procédure pénale, l'application de ce texte n'est pas réservée aux personnes concourant à l'enquête mais à toute personne ayant connaissance des informations dans le cadre de ses fonctions. Ce type de fait est a priori plus rare et il est en tout état de cause plus difficilement révélé du fait de son caractère intrinsèquement occulte. Toutefois, étant déconnecté de toute considération liée à la liberté de la presse ou au secret des sources, et supposant un

3

□ CEDH, 29 mars 2016, Bédat c/ Suisse

4

□ CEDH, 7 juin 2007, Dupuis c/ France ; CEDH, 28 juin 2012, Ressiot c/ France ; CEDH, 22 mars 2016, Pinto Coelho c/ Portugal.

degré très élevé de transgression professionnelle, ce délit pose moins de difficultés de principe et d'ordre opérationnel et semble légitimement faire l'objet d'un niveau de poursuite sensiblement plus élevé.

L'articulation avec d'autres formes de secret

Dans le cadre de l'information judiciaire ou de l'enquête, les informations relevant ou susceptibles de relever de formes « extérieures » de secret (secrets professionnels, secret de la défense nationale...) sont recueillies, exploitées et retranscrites en procédure selon les règles dérogatoires applicables à chaque régime spécifique, et dans le respect des limites ou interdictions prévues par celui-ci. Les pièces retranscrivant ces informations en procédure sont, dans le temps de l'enquête ou de l'information, soumises au régime de droit commun de l'article 11 du code de procédure pénale.

*

Comme indiqué précédemment, la nécessaire protection accordée au secret des sources en application de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁵ constitue de fait un obstacle fréquent à la poursuite effective des faits de violation du secret de l'enquête, dans la mesure où ces faits ne sont généralement constatés que du fait de la diffusion des informations dans la presse. Il est alors difficile, à partir de ce seul point d'entrée, d'identifier l'origine de l'information, voire de déterminer si le vecteur de celle-ci, même non identifié, était effectivement titulaire de fonctions l'astreignant au secret de l'enquête.

Compte tenu de la protection importante dont doit bénéficier le secret des sources, que la Cour européenne des droits de l'homme considère comme « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse »⁶, il n'est pas envisageable de faire primer par

5

□ Article 2 al 3 de la loi du 29 juillet 1881 issu de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 : « Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources. », complété en matière de procédure pénale par les règles protectrices prévues par aux articles 56-2, 60-1, 77-1-1, 100-5, 109, 326 et 437 du code de procédure pénale.

6

□ CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni

principe les impératifs de la poursuite des violations du secret de l'enquête sur ceux liés à la protection des sources des journalistes.

Toutefois, le Conseil constitutionnel⁷ a jugé qu'une disposition législative prévoyant pour les journalistes et leurs collaborateurs une immunité pénale pour toute détention de documents issus d'une violation du secret de l'enquête ou du secret de l'instruction lorsque ces documents contenaient des informations dont la diffusion au public constituerait un « but légitime dans une société démocratique » (notion nettement plus extensive que l'« impératif prépondérant d'intérêt public » déjà présent dans le texte et repris de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) était inconstitutionnelle car créant un déséquilibre entre la liberté d'expression d'une part, et les impératifs de recherche des auteurs d'infraction et de protection de la présomption d'innocence d'autre part.

Le Syndicat de la magistrature ne peut cependant que constater – et dénoncer – la dérive trop courante qui consiste à faire de procédures suivies contre des journalistes du chef de recel sans perspective sérieuse de condamnation, un instrument détourné principalement destiné à identifier leurs sources en vue de rendre possible contre celles-ci des poursuites du chef de violation du secret.

Les perspectives de réforme

Dans un discours tenu le 7 janvier 2009 à l'audience solennelle de la Cour de cassation, le Président de la République de l'époque avait estimé que « le secret de l'instruction est une fable à laquelle plus personne ne croit », ajoutant que « si le secret de l'instruction n'existe plus, si personne ne le respecte, alors il est inutile de maintenir cette fiction ». Il indiquait ensuite souhaiter « un réel secret de l'enquête, avec comme limite de renforcer la communication du parquet, afin, le cas échéant, de démentir les informations fausses qui, souvent à dessein, sont diffusées dans le but de nuire à tel ou tel. »⁸. Sans aucune surprise, le « Comité de réflexion sur la justice pénale » mandaté par le Président de la République, était arrivé quelques mois plus tard exactement à la même conclusion, considérant que le secret de l'instruction était « fictif » et proposant de « supprimer le secret de l'enquête et de l'instruction mais de maintenir le secret professionnel et les sanctions qui s'y attachent à l'égard des personnes qui concourent à la procédure »⁹.

7

- CC, 10 novembre 2016, décision n° 2016-738 DC

8

- https://www.courdecassation.fr/institution/1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/discours_m_sarkozy_12048.html

9

- Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale remis le 1^{er} septembre 2009 au Président de la

L'indication expresse dans le rapport que la proposition n'était retenue qu'« à la majorité » manifeste clairement que la reprise de cette injonction présidentielle explicite avait été très débattue au sein du comité. En effet, le juriste ne peut que constater que le secret absolu et général dont le caractère « fictif » est déploré, n'existe pas en droit et que la proposition d'un secret limité au secret professionnel des personnes concourant à la procédure correspond exactement, jusque dans la proposition présidentielle d'une possibilité de communication du parquet, à la lettre de l'article 11 du code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

D'une manière générale, pour retentissantes qu'elle soient, les propositions de « suppression » du secret de l'enquête ou de l'instruction reposent trop souvent sur la vision fantasmée d'un secret qui interdirait à quiconque d'évoquer une affaire en cours et/ou sur une mauvaise compréhension du régime de l'article 11 du code de procédure pénale. Le fait que ces positions présentées comme radicales aboutissent finalement à la proposition d'un dispositif équivalent au droit positif montre bien leur caractère artificiel.

Au total, le dispositif actuel de l'article 11 du code de procédure pénale semble apporter sur le plan théorique un équilibre général globalement satisfaisant entre d'une part la liberté d'expression et la liberté de la presse et, d'autre part, la protection de la présomption d'innocence, la préservation de la vie privée et les nécessités de la recherche des auteurs d'infractions. Il ne paraît pas souhaitable d'altérer radicalement l'économie de cet équilibre, au risque de porter à la liberté de la presse une atteinte déraisonnable que la Cour européenne des droits de l'homme ne manquerait d'ailleurs pas de sanctionner ou à l'inverse de porter aux valeurs protégées par le secret de l'enquête une atteinte disproportionnée que le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à censurer par le passé¹⁰.

La situation actuelle au regard du secret de l'enquête demeure perfectible et plusieurs axes seraient envisageables afin de parvenir à une meilleure conciliation des intérêts fondamentaux en présence :

- 1- Sans que cela ne nécessite une quelconque évolution législative, il serait pertinent que le ministère de l'Intérieur rappelle à l'ensemble de ses services les dispositions de l'article 11 du code de procédure pénale, qui leur interdisent toute forme de communication institutionnelle sur

République et au Premier ministre, page 28 et 29
(https://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/094000401.pdf)

des affaires en cours d'enquête même avec l'assentiment du parquet, et en assure le respect effectif.

2- La remontée d'informations à la chancellerie sur les dossiers individuels signalés, sous forme de rapports des parquets, en entraînant une diffusion inutile de données couvertes par le secret de l'enquête, accroît le risque de violations. Si ce risque a pu à une époque être envisagé avec une certaine légèreté ou une confiance exagérée, le renvoi récent d'un ancien garde des Sceaux devant la Cour de justice de la République pour avoir communiqué des informations couvertes par le secret à une personne mise en cause est venu démontrer qu'il n'était pas théorique. Le Syndicat de la magistrature réaffirme son opposition de principe à la remontée d'informations sur les dossiers individuels, qu'aucun motif légitime ne justifie dans un système qui interdit expressément les instructions aux parquets dans les dossiers individuels (art 30 al 3 CPP). Il rappelle que le souci légitime du suivi de l'application de la politique pénale déterminée par le gouvernement est bien mieux assuré par un rapport thématique tel que le rapport annuel du ministère public que par des remontées d'informations détaillées sur des affaires particulières considérées comme « sensibles ».

3- Afin de parvenir à une meilleure protection de la vie privée et de la présomption d'innocence sans nuire de manière disproportionnée à la liberté de la presse, il pourrait être réfléchi à une adaptation au cadre de l'enquête et de l'instruction des dispositions actuellement applicables à l'ensemble de la procédure pénale des mineurs, qui prohibent toute diffusion publique de l'identité d'une personne poursuivie (art 14 de l'ordonnance du 2 février 1945). Une interdiction générale de diffuser publiquement l'identité de toute personne mise en cause avant qu'elle ne soit évoquée à l'audience publique ou à l'occasion d'une communication officielle du procureur de la République aurait l'avantage de protéger la vie privée et la présomption d'innocence des personnes poursuivies sans entraver davantage qu'actuellement la liberté pour la presse de relater les faits en eux-mêmes. Néanmoins, si une telle disposition apparaîtrait adaptée à la situation – commune – de suspects inconnus du grand public, elle serait manifestement susceptible de contournements, d'incompréhensions voire d'une atteinte disproportionnée à la libre information du public sur des sujets d'intérêt général, dans l'hypothèse de personnes mises en cause dont la révélation de l'identité répondrait à un impératif prépondérant d'intérêt public. Ainsi, sauf à perdre toute efficacité et à encourir le risque d'une inconventionnalité, un tel dispositif ne semble envisageable que s'il est assorti d'une exception visant expressément cette hypothèse.

4- Le texte de l'article 11 al 3 du code de procédure pénale prévoit une

possibilité de communication institutionnelle de l'autorité judiciaire qui, par ses modalités et ses conditions, opère *in abstracto* une conciliation équilibrée entre les intérêts contradictoires en présence. Toutefois, malgré l'existence d'une offre de formation continue *ad hoc*, les procureurs, notamment ceux des plus petits parquets, sont parfois mis en difficulté par l'exercice d'une communication institutionnelle qui demeure hors de leur zone de confort professionnel et qu'ils doivent souvent assumer avec des moyens dérisoires, parallèlement avec la gestion des urgences judiciaires du dossier concerné voire d'autres dossiers, au risque d'une audibilité faible ou d'une communication maladroite. Une réflexion pourrait être menée en vue de la mise en place de services d'appui mutualisés au niveau des cours d'appel, mobilisables sur demande des parquets locaux, sur le modèle des chargés de mission qui peuvent d'ores et déjà exister dans les juridictions les plus importantes.

5- Le Syndicat de la magistrature considère que la législation française actuelle offre une protection insuffisante à la liberté de la presse et au secret des sources des journalistes en n'encadrant pas assez le recours aux enquêtes du chef de recel de violation du secret professionnel. En l'état, le droit positif ne prévient pas suffisamment la pratique qui consiste à ouvrir contre un journaliste une procédure du chef de recel sans aucune perspective de poursuite réelle, dans le seul but d'identifier l'auteur de la violation initiale. Cette situation crée le risque de dérives gravement préjudiciables à la liberté de la presse, ainsi que de vraisemblables condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'immunité très large prévue par le texte initial de la loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 ayant été censurée par le Conseil constitutionnel en raison de l'insuffisante protection accordée aux valeurs garanties par le secret, une rédaction plus ciblée pourrait être retenue, en prévoyant expressément à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 que toute poursuite du chef de recel est impossible contre un journaliste ou une entreprise de presse pour la seule détention de documents ou d'informations dont la diffusion au public répondrait à un impératif prépondérant d'intérêt public.

6- Il résulte clairement de la jurisprudence récente de la Cour de cassation¹¹ que la présence d'un journaliste accompagnant les officiers de

police judiciaire et filmant les opérations lors d'une perquisition au domicile d'une personne mise en cause constitue une atteinte au secret de l'enquête de nature à entraîner la nullité de l'acte indépendamment de tout grief. Sans que la Cour de cassation ne se prononce explicitement sur cette question, il est très probable que la même solution serait adoptée pour d'autres actes d'enquête (surveillance, audition...). Il convient également de s'interroger sur la position qui serait adoptée quant à la présence occasionnelle d'autres tiers (stagiaires étudiants ou d'autres corps professionnels...) au côté des enquêteurs ou magistrats lors de la réalisation d'actes couverts par le secret de l'enquête.

Le Syndicat de la magistrature considère que, dans la stricte mesure où elle est réalisée dans des conditions respectant les intérêts fondamentaux en cause et le consentement des personnes concernées, la présence de la presse lors d'actes d'enquête peut, à titre exceptionnel et sur autorisation expresse de l'autorité judiciaire, permettre une meilleure connaissance du fonctionnement de l'enquête judiciaire par le public, ce qui constitue un objectif démocratique légitime. De même, il apparaît intéressant que des stagiaires puissent, dans le cadre de leur études ou de leur formation professionnelle, assister dans des conditions maîtrisées à des actes d'enquête.

En l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, la présence de tiers lors du déroulement d'actes couverts par le secret de l'enquête constitue un risque majeur pour la validité de ceux-ci. Ainsi, il pourrait être utile de prévoir un fondement législatif permettant, à titre exceptionnel, sous réserve de l'autorisation expresse de l'autorité judiciaire et du consentement des personnes concernées, à des tiers d'assister de manière passive à des actes couverts par le secret de l'enquête puis dans le cas de la presse, à assurer une diffusion sous réserve du respect de l'anonymat des personnes concernées, de leur dignité, de la présomption d'innocence et des nécessités de l'enquête.

*

Le questionnaire diffusé par la mission parlementaire envisage enfin la possibilité d'une application différenciée du secret en fonction des matières, des moments de la procédure ou des intérêts à protéger.

Une telle application différenciée existe déjà dans une certaine mesure en droit positif. En effet, le secret perd tout effet à partir de la clôture de l'enquête ou de l'instruction et les éléments de la procédure sont alors librement discutés à

l'audience public et rapportés par la presse. A ce titre, le secret de l'enquête est en principe intrinsèquement provisoire et ne fait que différer l'accès du public aux informations essentielles du dossier.

Il existe toutefois des hypothèses dans lesquelles la prise en compte d'un intérêt particulièrement protégé impose une audience non publique, pour laquelle un secret de l'audience viendrait prendre le relai du secret de l'enquête : jugement de prévenus ou accusés mineurs (article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945), protection de l'ordre, des mœurs et de la victime de certains types de faits devant la cour d'assises (art 306 CPP), protection de l'ordre, de la sérénité des débats, de la dignité des personnes et des intérêts des tiers devant le tribunal correctionnel (art 400 CPP), protection des témoins amenés à déposer à l'audience dans le cadre de la criminalité organisée (art 400-1 CPP)... Ces motifs d'audience non publique prennent en compte les cas dans lesquels la protection d'un intérêt public ou privé particulier justifie un maintien du secret au-delà de l'enquête. Le Syndicat de la magistrature n'identifie a priori pas d'intérêt significatif qui serait omis par le droit positif. Il note à toutes fins utiles qu'une extension trop générale des cas d'audiences non publiques prendrait le risque d'une violation du principe de la publicité des débats, considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme une garantie du droit à un procès équitable¹².

Enfin, le Syndicat de la magistrature, profondément attaché à l'égalité devant la justice, se refuse à envisager un régime qui conduirait à considérer que la vie privée ou la présomption d'innocence des personnes mises en cause pourrait mériter une protection d'une intensité variable en raison de la nature des faits qui leur sont reprochés. Il est à noter en tout état de cause qu'une telle orientation présenterait un risque majeur d'inconstitutionnalité et/ou d'inconventionnalité.

12

□ CEDH, 8 décembre 1983, Pretto c/ Italie, et CEDH, 8 décembre 1983, Axen c/ RFA