

# Le secret de l'instruction a-t-il volé en éclats ?

Eugène BANGOURA  
Avocat au Barreau de Bourges  
Spécialiste en droit pénal

La question du secret de l'instruction est de celles qui passionnent perpétuellement les professionnels du droit et au-delà, la presse et l'opinion publique.

Outre la curiosité liée aux faits divers, le droit pénal, et plus généralement la réponse sociale à la délinquance, à l'insécurité ou à son sentiment, constituent un enjeu réel de société et du débat public.

Parce qu'une justice cachée est suspecte, les tenants de l'abrogation pure et simple du secret de l'instruction considèrent la règle comme déjà obsolète, et même attentatoire à la circulation de l'information consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Pour d'autres, dans cette phase préalable de l'instruction, le secret protège les investigations en cours et permet aussi de sauvegarder l'honneur des mis en examen en évitant de jeter en pâture ceux-ci dès l'abord : c'est alors le corollaire nécessaire de la présomption d'innocence, le dernier rempart de la dignité des mis en examen et parties civiles.

La pratique atteste néanmoins des nombreux accros, volontaires ou non, à ce secret de l'instruction, qu'il soit le fait de l'un ou l'autre de ceux qui « concourent », selon les termes de l'article 11 du Code de procédure pénale, à l'instruction.

S'agissant de ceux qui ne concourent pas à l'information, leurs obligations propres leur imposent un secret identique, la violation du secret de l'instruction étant alors sanctionnée sous l'angle de la violation du secret professionnel<sup>(1)</sup>.

La jurisprudence ne perd néanmoins pas le cap, rappelant dans son expression la plus récente que le secret vit encore et que le constat de la violation de celui-ci peut légitimer des investigations exceptionnelles<sup>(2)</sup>.

Quant au législateur, c'est par touches qu'il pu amender l'article 11 du Code de procédure pénale : ainsi, permet-il au procureur de la République, « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public... de rendre publics des éléments objectifs du dossier »<sup>(3)</sup>.

Ce texte ouvrirait dans la procédure d'instruction des « fenêtres de communication », l'intérêt général justifiant la dérogation.

Reste cette curiosité que le pouvoir de communiquer n'est pas confié au magistrat qui instruit à charge et à décharge, mais à la partie poursuivante tandis que les avocats des parties, tentés d'y répondre, devront se garder de la jurisprudence précitée sur la violation du secret professionnel.

Puis vint Outreau et l'éclat au grand jour de dysfonctionnements qui auraient perduré des années durant, favorisés par le secret, avant que le procès enfin public ne se porte au secours de l'innocence.

La détention provisoire surtout, décidée initialement, renouvelée ou confirmée par le juge des libertés et de la détention ou la chambre de l'instruction sous le sceau du secret, nonobstant la possibilité alors offerte à l'article 199, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale, paraissait directement liée à des débats tronqués et inutiles pour les personnes détenues.

La commission d'enquête parlementaire proposa donc, non pas d'abandonner le secret de l'instruction (suggérant même le renforcement des sanctions en cas de violation de la règle) mais de l'aménager au regard de certaines phases procédurales, notamment lors des débats relatifs à la détention provisoire<sup>(4)</sup>.

La traduction de ces travaux et propositions s'est matérialisée dans la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, notamment pour la détention provisoire dans ses articles 10 et 12 réformant respectivement les articles 145 du Code de procédure pénale pour le juge des libertés et de la détention et 199 du même Code pour la chambre de l'instruction.

La loi nouvelle pose en principe la publicité des débats et du rendu de la décision en ménageant des exceptions.

Des commentateurs éminents estiment déjà que, finalement, le nouveau système, parce qu'il pose des exceptions au principe de la publicité « nombreuses et largement entendues » ne devrait pas changer la pratique issue de l'ancien article 199 du Code de procédure pénale, lequel dérogeait au secret par voie d'exception uniquement devant la chambre de l'instruction et à la demande préalable du mis en examen ou de son avocat<sup>(5)</sup>.

(1) Pour les avocats par ex., Cass. crim., 27 octobre 2004, Bull. crim., n° 259.

(2) V. notamment les perquisitions dans les entreprises de presse dans le cadre d'une information ouverte pour violation du secret professionnel et recel : Cass. crim. 30 octobre 2006, Bull. crim., n° 258, p. 930.

(3) Article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale issu de l'article 87-1 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

(4) Rapport de la commission d'enquête parlementaire n° 3125, Au nom du peuple français, juger après Outreau, p. 380 et s.

(5) Jean Pradel, Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau, JCP n° 14, 4 avril 2007, p. 13 et s.

Il est vrai que le nouveau système, s'il pose le principe de la publicité du débat sur la détention provisoire et du prononcé de la décision, prévoit des exceptions formulées généralement.

C'est ainsi que le ministère public, la personne mise en examen ou son avocat, devant le juge des libertés, puis les mêmes ainsi que la partie civile et son conseil devant la chambre de l'instruction peuvent s'opposer à la publicité si l'enquête porte sur des faits visés à l'article 706-73 du Code de procédure pénale (criminalité et délinquance en bande organisée), ou si celle-ci est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers.

Le juge des libertés ou la chambre de l'instruction statue alors préalablement sur cette opposition.

Il reste que le texte inverse bien le principe ancien, que la publicité devient la règle là où elle n'était que l'exception.

Dès lors, la volonté du législateur modifie radicalement le raisonnement intellectuel et oblige la juridiction à rendre une décision motivée qui puisse justifier l'exception du secret, décision susceptible de recours.

Or, par analogie, l'audience de jugement des majeurs est par principe publique, le recours au huis clos étant l'exception : la pratique atteste suffisamment que nonobstant la généralité des exceptions dans leur formulation (par exemple la sérénité des débats, la dignité des personnes... cf. article 400 du Code de procédure pénale), le recours au huis clos n'est pas la règle y compris dans des dossiers humainement délicats.

Il semble donc que la réforme est sur ce point porteuse d'un changement réel des pratiques par rapport aux dispositions anciennes.

En effet, au regard du déroulement de la procédure d'instruction, la question de la détention provisoire intervient quasi nécessairement au temps où des investigations sont en cours et, sauf à vider de tout sens la réforme, les exceptions légales ne pourront demeurer la règle.

Le secret de l'instruction résistera-t-il ?

À la vérité, pas dans sa conception la plus stricte.

Il apparaît d'abord que la nature même du contentieux de la détention, hybride ou équivoque, risque d'obliger au « grand déballage ».

Certes, les critères légaux qui peuvent fonder la détention provisoire ne touchent en principe ni au fond de l'information, ni à la culpabilité.

C'est ainsi que l'article 144 du Code de procédure pénale, d'ailleurs revisité également par la loi du 6 mars 2007, pose que la détention provisoire doit être motivée au regard de la conduite de l'information et de la sauvegarde de la manifestation de la vérité, du

risque de pression sur les témoins ou les victimes, de la protection de la personne mise en examen, etc.

En réalité, et c'est le quotidien des praticiens, le premier examen qu'implique la détention provisoire est celui des charges existantes ou subsistantes à l'encontre du détenu : c'est un non-dit, mais il serait absurde et choquant que l'absence ou la disparition de celles-ci en cours d'information restât ignorée au profit des seuls critères de l'article 144 du Code de procédure pénale.

Dès lors, en audience publique, les éléments à charge et à décharge, en l'état de l'instruction, ne manqueront pas d'être discutés et par là même exposés.

La réforme est d'autant plus notable que la publicité à l'audience de la chambre de l'instruction est aussi affirmée, selon les mêmes modalités et exceptions dans le cadre d'une autre disposition nouvelle.

En effet, l'article 221-3, issu de l'article 12 de la loi du 6 mars 2007, dispose, en son premier paragraphe, que lorsqu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis le placement en détention provisoire de la personne mise en examen, que cette détention est toujours en cours et que l'avis de fin d'information prévu par l'article 175 n'a pas été délivré, le président de la chambre de l'instruction peut d'office, ou à la demande du ministère public ou de la personne mise en examen, décider de saisir cette juridiction afin que celle-ci examine l'ensemble de la procédure.

Or, il s'agit bien ici d'examiner le fond de la procédure d'instruction, afin de vérifier essentiellement la pertinence du maintien en détention au regard de l'évolution de l'information.

Dans le cadre de cet examen, les parties peuvent alors solliciter la remise en liberté mais aussi déposer des demandes d'actes, des requêtes en annulation ou solliciter que soit constatée la prescription de l'action publique.

Pour autant, a-t-on basculé dans une instruction publique ?

Certainement non, à raison des exceptions légales mais également parce que les actes en cours, les investigations effectuées par exemple sur commission rogatoire du magistrat instructeur, ne sont pas au dossier et ne sont qu'à la connaissance du juge.

Il est vrai que la remarque doit être atténuée si les actes en cours sont la conséquence des demandes discutées en audience publique devant la chambre de l'instruction conformément au nouvel article 221-3.

Également, les autres temps de la procédure d'information resteront strictement soumis au régime du secret édicté à l'article 11 : ce ne sont pas tant les fonctions d'investigations que les fonctions juridictionnelles exercées au cours de l'information qui sont soumises à publicité et ce, au regard du souci premier d'apprécier la légitimité de la détention provisoire.

D'évidence enfin, les aménagements apportés au secret de l'instruction sont d'importance et n'obéis-

sent plus à une conception « monolithique » de l'intérêt général : toutes les parties à la procédure trouveront à s'exprimer à son sujet, notamment si la publicité était de nature à leur nuire

Les textes nouveaux offrent à ces parties, le ministère public, le mis en examen, les parties civiles devant la chambre de l'instruction, leurs conseils, en considération du critère auquel elles seraient le plus attaché (nécessité de la conduite de l'information, sauvegarde de la présomption d'innocence, sérénité des débats, dignité de la personne, intérêt des tiers) la possibilité de demander au juge le retour au secret.

Le juge des libertés et de la détention devra statuer par ordonnance motivée, donc expliciter son raisonnement, tandis que la chambre de l'instruction devra

rendre, sur cette question préalable, un arrêt susceptible de pourvoi en cassation en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale.

En consacrant la publicité de principe, le législateur a manifestement parié sur un renforcement du contrôle par les acteurs judiciaires des décisions qui touchent à la liberté des justiciables et ce, sous le regard du public.

Somme toute, s'il fallait hiérarchiser le respect absolu du secret de l'instruction, dont l'expérience atteste qu'il n'est pas nécessairement synonyme d'efficacité, et la liberté, c'est bien l'outrage injustifié à cette dernière qui reste le plus insupportable.