UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

Université de Lorraine

Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Nancy
Ecole doctorale des Sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion (SJPEG n°79)
Centre de recherche de droit privé (CRDP Equipe d'accueil n°1138)
Institut François Geny

DU CARACTERE PUBLIC DU PROCES PENAL

Thèse en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

(Doctorat nouveau régime, Droit privé – Sciences criminelles)

présentée et soutenue publiquement
le 5 octobre 2012

par

M. Philippe PIOT

Préparée sous la direction de :
M. François FOURMENT, *Professeur à l'Université de Lorraine*

Membres du jury :

M. Emmanuel DREYER, *Professeur à l'Université de Paris-Sud (Paris XI), rapporteur*
M. Xavier PIN, *Professeur à l'Université Jean-Moulin (Lyon III), rapporteur*
Mme Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *Professeur à l'Université de Strasbourg*
M. Jean-François SEUVIC, *Professeur à l'Université de Lorraine*

« *La justice, c'est comme la Sainte Vierge. Si elle n'apparaît pas de temps en temps, le doute s'installe.* »

Michel Audiard[1]

[1] Le propos est tenu à l'écran par l'inspecteur Louis Baroni (Philippe Noiret) dans le film « *Pile ou Face* » (1980) réalisé par Robert Enrico et dont les dialogues sont de Michel Audiard.

La Faculté n’entend donner
ni approbation, ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse,
celles-ci devant être considérées
comme propres à leur auteur

Sommaire

Introduction

Première partie
La publicité du procès pénal
par l'admission du public à l'audience

Titre I – La publicité de l'audience en droit international
Chapitre 1– La publicité de l'audience proclamée comme un droit universel
Chapitre 2 – La publicité de l'audience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Titre II – La publicité de l'audience en droit interne
Chapitre 1– La justification du principe de la publicité de l'audience
Chapitre 2 – La mise en œuvre du principe de la publicité de l'audience

Deuxième partie
La publicité du procès pénal par la diffusion
d'éléments d'information à destination du public

Titre I - La publicité hors de la salle d'audience mise en œuvre par l'institution judiciaire
Chapitre 1 – La publicité, élément de la sanction judiciaire
Chapitre 2 – La publicité, élément essentiel de la justice pénale

Titre II - La publicité hors de la salle d'audience mise en œuvre par des tiers à l'institution judiciaire
Chapitre 1 – Le droit du public à l'information appliqué au procès pénal
Chapitre 2 – La réalisation de la publicité du procès pénal par des tiers à l'institution judiciaire

Conclusion

Abréviations

Aff.....Affaire
AJDA.....Actualité juridique droit administratif
Al. .....Alinéa.
ALD.....Actualité législative Dalloz
APC .....Archives de politique criminelle
APD .....Archives de philosophie du droit
APJ.....Agent de police judiciaire
Art./art.....Article/article
Bull. ch. avoués.....Bulltin de la Chambre des avoués près la Cour d'Appel de Paris
Bull. civ..... Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. .....Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. ass.....Cour d'assises
C. civ.....Code civil
C. com.....Code de commerce
C. org. jud. .....Code de l'organisation judiciaire
C. pén.....Code pénal
C. pr. civ. .....Code de procédure civile
C. pr. Pén. .....Code de procédure pénale
C. trav. .....Code u travail
C/.....Contre.
CA. .....Cour d 'appel
Cass. ass. plén. .....Cour de cassation (arrêt de l'assemblée plénière)
Cass. Ch. mixte..... .....Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. Civ. .....Cour de cassation (chambre civile)
Cass. Com. .....Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. Comm. réexamen Cour de cassation (commission de réexamen des décisions pénales)
Cass. Crim. .....Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. Req. .....Cour de cassation (chambre des requêtes)
Cass. sect. réun. .....Cour de cassation (arrêt de sections réunies)
Cass. Soc.....Cour de cassation (chambre sociale)
CC.....Conseil constitutionnel
CE ass .....Conseil d'Etat (arrêt d'assemblée)
CE .....Conseil d'Etat
Cour EDH .....Cour européenne des droits de l'homme
Conv. EDH..... Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CESDIP ..... Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales
Cf. .....Confer
Ch. réun..... Chambres réunies

Ch.....Chambre
Chron. .....Chronique
CIJ..... Cour internationale de justice
CJCE..... .Cour de justice des communautés européennes
CJR .....Cour de justice de la République
COB .....Commission des opérations de bourse
Com.....Commentaire
Commission EDH.....Commission européenne des droits de l'homme
Concl.....Conclusions
Contra .....Contraire
CSM.....Conseil supérieur de la magistrature
Dalloz.....Recueil Dalloz
DC.....Décisisions du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution
DDH.....Déclaration des droits de l'homme
DH.....Recueil Dalloz hebdomadaire
Doct.....Doctrine
DP. .....Recueil Dalloz périodique
DUDH.....Déclaration universelle des droits de l'homme
Ed.....Edition
Fasc. .....Fascicule
Gaz. Pal..... Gazette du Palais
Ibid.....(Ibidem) Au même endroit
In.....Dans
Infra.....Ci-dessous
JCP.....Juris-classeur périodique, édition générale
J.O.....Journal officiel
Juris.....Jurisprudence
KGB.....Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnosti (Comité pour la sécurité de l'Etat)
LGDJ.....Librairie générale de droit et de jurisprudence
M.....Monsieur
MM. .....Messieurs
Mme.....Madame
N°.....Numéro
NKVD.....Narodnij Kommissariat Vnutrennykh Del (Commissariat du peuple aux affaires intérieures)
Nouv. C. pr. civ.....Nouve au Code de procédure civile
Obs.....Observations
ONU.....Organisation des Nations unies
Op. cit. .....Opere citato (dans l'ouvrage cité)
OPJ.....Officier de police judiciaire
p. .....Page
P …… Journal du Palais
PKK .....Parti des travailleurs du Kurdistan
Préc. .....Précité
PUF..... ..Presses universitaires de France
RDP .....Revue de droit public
RDPC.....Revue de droit pénal et de criminologie
Rec. CC.....Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

Rec. C.E. .....Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rec. Cons. Const. .....Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. Defrénois .....Répertoire du notariat Defrénois
Requ.....Requête
RFDA.....Revue. française de droit administratif
RFDC.....Revue. française de droit constitutionnel
RGDP.....Revue générale des procédures
RICPT.....Revue. internationale de criminologie et de police technique
RIDC.....Revue internationale de droit comparé
RIDP .....Revue. internationale de droit pénal
RPDP .....Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ .....Revue de la recherche juridique
RSC.....Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD civ ..... Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ..... Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH .....Revue. trimestrielle des droits de l'homme
S..... ..Recueil Sirey
Som. com. .....Sommaire commenté
Som. .....Sommaire
Suiv. .....Suivants/suivantes
Supra..... Ci-dessus
t. .....Tome
TC..... Tribunal des conflits
TGI.....Tribunal de grande instance
URSS .....Union des Républiques Socialistes Soviétiques
Vol. .....Volume

INTRODUCTION

Enoncé du sujet. Cette thèse a pour sujet le « *caractère public du procès pénal* ». Il convient donc de définir la méthodologie propre à déterminer un *caractère*, préciser ce que nous entendons par *procès pénal*, et spécifier, pour ce dernier, la nature exacte de son caractère *public*.

Caractère. S'interroger sur le caractère de la justice pénale c'est, rapidement, tenter de cerner sa nature profonde. Est-elle une chose inanimée soumise au modelage du législateur et des praticiens ? Ou alors un organisme vivant, s'adaptant sans cesse à son environnement, mais évoluant selon des règles intangibles ? Dans le premier cas, son caractère sera une « *marque distinctive* », qui en notera « *la nature fondamentale* » ou n'en donnera « *qu'un aspect particulier* »[2]. Dans le second, ce sera l'« *ensemble des traits permanents qui composent sa personnalité, sa physionomie psychologique et morale* »[3], si tant est que nous puissions appliquer de telles considérations non pas à un individu mais à une procédure. Objet ? Organisme vivant ? Qu'importe en réalité. Prévaut la durabilité de l'essence, les traits distinctifs qui demeurent au fil des millénaires. Certes, il y a parfois des parenthèses, et les caractéristiques qui vont retenir notre attention ne furent pas toujours apparentes. Elles n'en demeurent pas moins ; telles ces matières que l'on peut tordre en tous sens mais qui, une fois la contrainte levée, finissent toujours pas reprendre leur forme originale.

La publicité est « *l'âme de la justice* » disait Jérémie Bentham[4]. Cette conviction, anglaise, coutumière, et utilitariste, rejoint l'analyse kantienne : « *Si je fais alors abstraction de toute matière du droit, il me reste encore une forme qui lui est essentielle, celle de la publicité. Sans elle, il n'est point de justice, puisqu'on ne saurait la concevoir, que comme pouvant être rendue publique ; sans elle il n'y aurait pas non plus de droit, puisqu'il ne se fonde que sur la justice. Chaque prétention juridique doit pouvoir être rendue publique ; et comme il est très aisé de juger dans chaque cas si les principes de celui qui agit supporteraient la publicité, cette*

[2] *Grand Larousse de la langue française*. t. 1, Paris, Larousse, 1971, p. 593.
[3] *Idem*.
[4] BENTHAM Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823, p. 146.

possibilité même peut servir de criterium purement intellectuel, pour reconnaître, par la raison seule, l'injustice d'une prétention juridique »[5]. Emmanuel Kant ajoutait : « *Toutes les actions relatives au droit d'autrui, dont la maxime n'est pas susceptible de publicité sont injustes. Ce principe n'est pas seulement moral et essentiel à la doctrine de la vertu, il est aussi juridique et se rapporte également au droit des hommes. Car une maxime que je n'ose publier, sans agir contre mes propres fins, qui exige absolument le secret pour réussir, et que je ne saurais avouer publiquement, sans armer tous les autres contre mon projet : une telle maxime ne peut devoir qu'à l'injustice dont elle menace cette opposition infaillible et universelle, dont la raison prévoit la nécessité absolue* »[6].

Procès pénal. Nous entendrons par procès pénal, selon la définition de M. le Professeur Fourment, *« l'ensemble des règles qui régissent la réaction sociale, de la commission d'une infraction pénale* […] *à l'application de la peine après jugement et exercice éventuel des voies de recours* »[7].

Public. L'adjectif « *public* » peut s'entendre de plusieurs manières : il peut s'agir d'un objet relatif à tout un peuple, commun à tous, accessible à tous, appartenant à tous, connu de tous… Ces différences de sens contemporaines ont la même source : l'adjectif latin *publicus*, la langue s'étant formée en même temps que la règle de droit.

Retraçant la vie de Jules César, Suétone notait qu'il « *habita d'abord une assez modeste maison dans Subure, mais quand il fut nommé grand pontife, il eut pour demeure un bâtiment de l'Etat, sur la voie sacrée* »[8]. L'auteur utilise le terme « *domo publica* », pour désigner l'habitation de César. Le traducteur a utilisé le terme « *de l'Etat* ». Or, évidemment, il s'agissait là de son domicile privé, dont l'entrée était interdite au commun, le terme *publica* servant ici à désigner le fait que cette demeure avait été payée par l'argent de l'impôt.

Suétone, toujours, utilise le même adjectif pour désigner des documents qui ont vocation à être consultés par tous. Dans son *Néron*, c'est le sens à donner à Fastes et actes publics[9].

---

[5] KANT Emmanuel, *Projet de paix perpétuelle*, Könisberg, Nicolovius, 1796, pp. 99-100.
[6] *Ibid*., pp. 100-101.
[7] FOURMENT François, *Procédure pénale*, 11e éd., Orléans, Paradigme, 2011, p. 1.
[8] « *Habitativit primo in Subura modicis aedibus : post autem pontificatum maximum in Sacra via domo publica* » : SUETONE, « Caïus Julius César », in *Œuvres complètes*, trad. Nisard, Paris, Dubochet, 1845, p. 17.
[9] « *Sic enim in fastos actaque publica relatum est* » ; « *C'est du moins ce qui est consigné dans les Fastes et dans les actes publics* » : *Ibid.*, « *Tibère Néron* », p. 77.

Le caractère public d'une action peut aussi provenir de son exécution en présence du peuple, de la foule. Pour rester avec Suétone : « *Ce sentiment fit excuser la vengeance ; et l'empereur Dèce, qui était présent, loua publiquement le courage et l'honnêteté de Claude* »[10].

L'éminent latiniste Gaffiot notait au sujet de l'adjectif *publicus* : « *1. Qui concerne le peuple, qui appartient à l'Etat, qui relève de l'Etat, officiel* […] *2. De propriété publique, d'un usage public* […] *3. Commun à tous* »[11]. Dans un sens poétique, le terme pouvait aussi signifier « *ordinaire, banal, rebattu* »[12].

M. le Professeur Cornu, d'une manière contemporaine et en continuant de faire découler le sens du mot public de l'adjectif latin « *publicus* », distingue un sens potentiel comme « [l]*'ensemble indéfini des individus susceptibles d'être indistinctement admis dans un lieu ou exclus de ce lieu* », c'est-à-dire la population, ou comme « [l]*'ensemble indéfini des personnes qui peuvent être touchées par un moyen de diffusion* »[13], c'est-à-dire les lecteurs, auditeurs, spectateurs, téléspectateurs. M. Cornu ajoute un sens opérationnel pour lequel le terme « *public* » doit s'entendre de « [l]*'ensemble défini de personnes effectivement présentes en un lieu donné à un moment donné* », ce qui renvoie à l'idée d'auditoire ou d'assistance.

La qualification de « *public* » appliquée à un objet ou à un lieu signifie donc, d'abord, la possibilité, pour n'importe qui, d'y avoir accès. Un chemin ou une route publique est empruntée par tous, de manière indéfinie. Le caractère public de l'audience judiciaire est déterminé, de la même façon, par la possibilité offerte à toute personne, sans distinction, de pénétrer, de circuler et de se maintenir ou non dans l'auditoire.

Un bâtiment « *public* », cependant, n'est pas forcément ouvert au public. L'adjectif peut, ici, simplement renseigner sur l'identité de son propriétaire, l'Etat ou l'une de ses subdivisions, et sur sa destination : abriter des services dont la tâche relève de l'intérêt général.

Le terme « *public* » peut aussi renvoyer à des fonctions de représentation, telles qu'elles existaient sous l'Ancien régime et qui ont perduré après la Révolution.

Cependant, c'est d'autre chose dont nous parlons lorsque nous abordons la « *publicité* » du procès pénal. Il s'agit, alors, d'une acception qui renvoie à l'idée moderne « *d'espace public* »

---

[10] « *Quae res indulgentiam meruit pudore vindictae : siquidem tunc Decius imperator, quo praesente ferat perpetratum, et virtutem et verecondiam Claudii publice praedicavi* » : *Ibid*., « *Claude* », p. 563.
[11] GAFFIOT Félix, *Dictionnaire Latin-Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1273.
[12] *Idem*.
[13] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, p. 822.

avec ses corollaires que sont le contrôle et la critique. De ce point de vue, le procès pénal a davantage été un modèle qu'une conséquence du développement d'un tel espace[14].
Le caractère *public* du procès pénal s'appréciera donc de deux manières : d'une part, par la possibilité, pour le public, d'être témoin du procès par le libre accès à la salle d'audience ; d'autre part, par la possibilité offerte au public de recevoir des informations relatives aux procès pénaux.

Permanence des traits distinctifs dans le temps. Deux scientifiques qui avaient, un jour, décidé de s'intéresser au caractère de la longévité des individus au sein d'un village du sud-ouest de la France, avaient commencé, à peine leurs travaux entrepris, par étudier la variabilité de l'objet de leur étude d'une génération à l'autre, sur une longue période[15], en l'espèce plus de deux siècles. Le caractère n'est pas seulement ce qui fait l'identité de l'individu, il est aussi ce qui se transmet, et se reconnaît, dans la durée. De la définition découle la méthodologie. Nous interroger sur le caractère d'un objet juridique nous a amené à situer notre étude dans une période de temps suffisamment longue pour observer la permanence de certains traits distinctifs. Cette dernière est un indice permettant de soutenir l'hypothèse de la présence d'un « *caractère* », en tant qu'élément distinctif et original. Son absence temporaire peut d'ailleurs être tout aussi révélateur, lorsque, réprimé, déformé, contraint, le *caractère*, ressurgit dans la plénitude de ses traits dominants à la faveur de la première occasion. Si, souvent dans les matières juridiques, la dimension historique du sujet est définitivement traitée dans l'introduction du travail de thèse, tel ne sera pas le cas ici, où le rapport particulier qu'entretient notre sujet avec l'écoulement du temps nous a semblé commander une mise en perspective historique régulière tout au long des développements. Cette option méthodologique s'est trouvée renforcée lorsque nous nous sommes aperçus que certains choix, effectués parfois voici fort longtemps, l'avaient été sous la pression des contingences techniques de l'époque. Revenir à l'idée initiale, là où nos contemporains ne voient, souvent, plus que l'application de normes juridiques issues d'une transmission pluriséculaires, permet aussi de s'interroger sur ce que les auteurs de certaines de nos règles actuelles auraient fait s'ils avaient eu à disposition notre technologie moderne. Il ne fait pas de doute, par exemple, que les solutions procédurales proposées, au tournant des années 1790,

---

[14] HABERMAS Jürgen, *L'espace public*, 17e édition, Paris, Payot, p. 14 : *« Le sujet de cette sphère publique est le public (Das Publikum) en tant que support d'une opinion publique à la fonction critique de laquelle se réfère la Publicité (Die Publizität) , c'est-à-dire à peu de chose près la publicité des débats judiciaires* ».
[15] BOCQUET-APPEL Jean-Pierre, JAKOBI Lucienne, « La transmission familiale de la longévité à Artez d'Asson (1686-1899) », *Population*, n° 2, 1991, p. 328.

par Le Peletier de Saint-Fargeau auraient eu un autre aspect si le député de Paris avait connu la technologie numérique[16]. La réflexion sur l'utilisation procédurale d'une nouvelle technologie, nécessite de revenir aux principes, c'est-à-dire au début[17], ce qui commande, là encore, un éclairage historique régulier. Cette démarche nous a également conduit à nous interroger sur la persistance et les variations du caractère dans l'espace.

Etude dans l'espace. Bonfils comparait volontiers la procédure à un art. Comme le critique face à un tableau, ou le géologue au dessus d'une terre inconnue, le juriste doit puiser dans ses connaissances pour essayer de découvrir quelles forces cachées ont pu produire une norme juridique. Les principes sont parfois enfouis et invisibles, mais leur caractère apparaît à qui parvient à les distinguer. Bonfils écrivait qu'ils « *constituent l'essence même de la procédure, sa substance intime et profonde* […] *Ils se manifestent implicitement dans les textes de la loi écrite, comme certains gisement métalliques se traduisent à l'œil du géologue par la coloration extérieure du sol* »[18]. La comparaison est une technique très utile dans ce type d'exercice, et il est toujours intéressant d'observer de quelle manière une même matière évolue lorsqu'elle est mélangée à plusieurs substrats. Notre sujet ne relevant pas du droit comparé, nous limiterons cependant le champ de ces comparaisons aux systèmes juridiques qui sont entrés en interaction avec le nôtre, le droit anglo-américain arrivant au premier rang de cette catégorie pour l'objet de cette thèse.

Plan. Nous montrerons d'abord comment la publicité se confond historiquement avec l'idée même de procès pénal (section 1), avant d'observer de quelle manière le principe de la publicité du procès pénal, affirmé par les textes révolutionnaires, s'est inscrit depuis 1789 dans nos constitutions ou/et lois (section 2).

---

[16] Il n'aurait pas été obligé d'inventer une fonction de témoins des actes d'instruction dévolus à des citoyens muets et soumis au secret mais aurait sans doute imposé la vidéo dans le bureau du juge.
[17] Ce mot est dérivé du latin *principium*, qui signifiait « *commencement, fondement origine* ». *Grand Larousse de la langue française*, vol. 5, *op. cit.*, p. 4630.
[18] BONFILS Henri, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, 3e édition, LGDJ, Paris, 1901, p. VII.

Section 1. Une publicité qui se confond historiquement avec l'idée même de procès pénal

Droit Hébraïque antique. L'étude du droit hébraïque ancien se heurte à deux obstacles d'importance. D'une part, la durée de la période considérée, qui s'étend sur quatorze siècles (environ du XIIIe s. avant Jésus-Christ au Ier s. après J.C) et a connu des variations procédurales importantes en matière pénale. D'autre part, la rareté du matériau exploitable par l'historien : « *L'épigraphie hébraïque ancienne n'a pas fourni à ce jour de pièces juridiques, ni de comptes rendus de procès, vraisemblablement parce que ceux-ci étaient rédigés sur papyrus et que celui-ci n'a que très peu de chance d'être conservé dans le climat de la plus grande partie de la Palestine, sauf dans la zone désertique et dans des grottes* » note M. André Lemaire[19], qui explique qu'hormis les textes en grec de deux auteurs juifs, l'historien Flavius Josephe (né en 37 ap. J.-C., mort en 100) et le philosophe Philon d'Alexandrie (né aux alentours de -12 av. J.-C. et mort en 54), la tradition biblique demeure la source principale de la période. Pour notre sujet, nous nous limiterons à l'Ancien testament[20] en raison de l'influence de celui-ci sur la formation de notre droit[21], mais aussi de sa valeur juridique normative jusqu'à une période relativement récente[22]. Soumise à des variations selon les époques, la procédure pénale décrite y est toujours clairement accusatoire. L'accusé se présente libre devant ses juges[23]. Il est présumé innocent[24]. Il a pu se préparer avec un conseil, mais doit se défendre seul au cours d'une audience entièrement gouvernée par les principes du contradictoire et de l'oralité[25]. Le principe théocratique est omniprésent. Si la peine est appliquée, c'est par délégation divine. Comparaître en justice, c'est se présenter devant Dieu[26].

« *Toute la procédure criminelle de Moïse* […] *se réduisent à ces mots : publicité des débats, liberté laissée à l'accusé, garantie contre le danger du témoignage* », note Salvador[27].

---

[19] LEMAIRE André, « *La peine en droit hébraïque antique* », in *La peine*, « Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions », Congrès 23, Barcelone, première partie, antiquité, éd. De Boeck université, 1991, pp. 51-76. M. Lemaire, est directeur d'études à l'Ecole pratique des hautes études, où il enseigne l'épigraphie hébraïque et araméenne.

[20] C'est-à-dire le Pentateuque (*Torah*), les Livres des Prophètes (*Neviim*) et les autres Livres (*Ketouvim*).

[21] Il faut se souvenir, pour apprécier le lien de la loi de Moïse et du catholicisme, que Matthieu présente Jésus comme venant non pas pour abroger mais pour accomplir la loi de Moïse. Matthieu, V, 17.

[22] En France, au début du XVIIIe s, on continuait ainsi à condamner au bûcher en citant des dispositions de la loi de Moïse.

[23] *Deutéronome*, I, 16; XXV, 1.

[24] *Deutéronome*, XIII, 13 à 18 ; XVII, 2 à 5 ; XIX, 18.

[25] *Exode*, XVIII, 15, 16; XXII, 1, 2 ; *Deutéronome* XXV, 1, 7; *Rois*, III, 16 et s. *Isaïe*, XXIX, 21

[26] *Exode*, XXI, 6; XXII, 28.

[27] SALVADOR Joseph, *Histoire des institutions de Moïse et du peuple hébreu*, 2e éd., Bruxelles, Hauman, 1829, p. 58.

Cependant, force est de constater que la loi de Moïse a pris soin de séparer nettement le pouvoir judiciaire du pouvoir religieux[28]. La fonction judiciaire est élective, et ce sont les suffrages des chefs de famille qui désignent les juges d'Israël[29], qui se divisent en quatre catégories[30]. Seules des conditions d'honorabilité et de connaissance des lois sont requises[31]. La justice de Dieu s'exerce par l'intermédiaire des hommes, libres et doués de raison, et la rendre est un devoir. Tout comme est une obligation le fait de révéler des faits délictueux si on en a été témoin[32]. Les tribunaux tiennent audience en plein air, devant le peuple assemblé, aux portes de la cité[33]. L'endroit n'est pas réservé à la seule justice ; c'est aussi là que se négocient les affaires et se forment, publiquement, les contrats. C'est par exemple en ce lieu qu'Abraham achète, devant « *les fils de Heth* » et « *tous ceux qui entraient par la porte de sa ville* », un champ afin de donner une sépulture à Sara, son épouse[34]. La loi de Moïse, surtout, insiste sur l'égalité devant la loi[35] et la nécessité absolue d'une justice impartiale, rendue par des juges intègres[36] : « *le juge doit être impartial, et donc incorruptible* », *« maudit soit celui qui viole la justice dans la cause de l'étranger, de l'orphelin et de la veuve*. ». La responsabilité pèse aussi sur les épaules de l'accusateur, qui devra soutenir publiquement les poursuites. C'est souvent un témoin, qui mène l'accusé devant le tribunal[37], ou un membre de la famille de la victime[38]. Il s'expose, tout comme le faux témoin, à la loi du Talion en risquant, en cas de faux témoignage ou de fausse accusation, de devoir payer ce qu'il a voulu faire perdre ou de se voir appliquer la peine qu'il a tenté de faire prononcer[39]. Le ou les témoins à charge doivent également commencer à exécuter la sentence, notamment en cas de mise à mort[40], en jetant la première pierre. Le supplice est infligé non seulement en présence du peuple, mais par le peuple lui-même. La vengeance est publique, et la publicité du châtiment doit inspirer la crainte[41]. Même si le grand *Sanhédrin* de Jérusalem pouvait connaître des affaires compliquées, des délits d'opinion et de ceux qui se

---

[28] *Exode*, XVIII, 2-1.
[29] *Deutéronome*, I, 18; XVI, 18.
[30] Les tribuns, les centurions, les cinquanteniers et les dizeniers : *Exode*, XVIII, 25; *Deutéronome*, I, 15.
[31] *Deutéronome*, I, 19-22
[32] *Lévitique*, V, 1, 5 et s.
[33] *Genèse*, XXIII, 10, 18; *Deutéronome*, XVI, 18; XXI, 19; XXII, 15; XXV, 7; *Rois*, XIX, 8; *Job*, V, 4; *Ruth*, IV 1-11; *Jérémie*, *Lamentations*, V, 14.
[34] *Genèse*, XXIII, 10, 11.
[35] Du citoyen comme de l'étranger. Du riche comme du pauvre. De l'humble comme du puissant. *Exode*, XXIII, 9; XVIII, 25; *Deutéronome*, I, 15-18 ; *Lévitique*, XIX, 15 et 33-34 ; XXIV, 22.
[36] *Deutéronome*, XVI, 19 ; XXVII, 25; *Exode*, XXIII, 2, 7 et 8.
[37] *Nombres*, XXXV, 30 ; *Exode*, XXI, 6, 22 ; XXII, 89 ; *Deutéronome*, XVII, 6.
[38] *Nombres*, XXXV, 24 ; *Josué*, XX.
[39] *Deutéronome*, XIX, 18 et 19. « *Tu lui feras comme il avait dessein de faire à son frère* ».
[40] *Deutéronome*, XVII, 5 et 7. « *La main des témoins sera la première sur lui ; ensuite la main de tout le peuple le lapidera* ».
[41] *Deutéronome*, XIII, 11; XIX, 20. « *Il faut punir, de manière qu'Israël le sache et tremble* ».

prétendaient prophètes[42], l'appel était inconnu du point de vue formel. En revanche, un juge pouvait revenir sur son avis jusqu'au moment de l'exécution de la sentence, et une forme de révision existait au bénéfice de l'accusé, s'il déclarait avoir de nouvelles preuves. Par ailleurs, toute personne présente dans l'assistance pouvait empêcher le supplice en déclarant avoir de nouveaux éléments[43]. L'affaire était alors rejugée.

Droit de la Cité athénienne. Il n'est guère pensable d'évoquer la publicité du procès pénal, sans s'arrêter un instant sur l'histoire de la Grèce antique. Nous limiterons notre propos à la cité athénienne, dont l'intérêt pour la justice était fort développé[44], et qui a servi de modèle au droit romain. Notre propos couvrira une période allant du VIIe s. avant J.-C., époque des premières lois écrites de Dracon, jusqu'à 338 av. J.-C., date de la bataille perdue de Chéronée contre Philippe de Macédoine, déroute militaire qui signa la fin de l'indépendance de la cité-Etat. C'est en 621 avant J.-C. que Dracon mit fin aux guerres privées incessantes entre clans en faisant émerger un pouvoir judiciaire autonome[45]. L'excessive rigueur des règles draconiennes fut adoucie par Solon dont les réformes (594-593 av. J.-C.) furent prolongées par celles de Clisthène (508-507 av. J.-C.) et d'Ephialtès (461 av. J.C.). Cette lente construction fit passer le pouvoir des mains de l'aristocratie à celles du peuple. Elle aboutit au Ve siècle avant Jésus-Christ, et pour deux siècles, à un régime démocratique caractérisé par une publicité sans précédent donnée aux processus de décision[46]. Homère est le premier poète grec dont l'œuvre nous soit parvenue. Datant du VIIIe s. avant J.-C., le deuxième chant de l'Iliade nous rapporte, déjà, une délibération publique : Ulysse s'adressant à la fois à ses adversaires et au peuple réuni sur l'Agora[47]. Pareillement, le deuxième chant de l'Odyssée, met en scène un débat contradictoire et public au sujet des droits à l'héritage d'Ulysse[48].

A Athènes, le *démos* s'exprime à travers plusieurs assemblées. L'assemblée du peuple se nomme l'*Ecclésia*. Elle se rassemble d'abord sur l'*Agora* puis, à partir de Clisthène, sur la colline de la Pnyx, face à l'Acropole[49]. L'*Ecclésia* a notamment l'initiative des lois, élit les magistrats, décide en matière de diplomatie et d'impôts, juge souverainement les affaires les

---

[42] *Jérémie*, XXVI, 8 à 16. C'est ce tribunal qui entendra Jésus de Nazareth.
[43] *Daniel*, XIII, 46, 47 et 49.
[44] Le surnom d'Athènes était *Dikaiapolis*, la « *cité des procès* ». BONNET Christian, *Athènes*, PUF, coll. « Que sais-je », 1997, p 38.
[45] *Ibid*., p 16.
[46] VERNANT Jean-Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, Paris, presses universitaires de France, 1997, p 67.
[47] HOMERE, *L'Iliade*, II, 201-417, Paris, Flammarion, 1965, pp. 44-49.
[48] HOMERE, *L'Odyssée*, II, 1-260, Paris, Firmin Didot, 1833, 423 pp 39-73 ; p. 39 : Télémaque « *commande aux hérauts à la voix sonore, de convoquer pour l'assemblée les Grecs aux cheveux longs; les hérauts appellent les citoyens, qui se rassemblent promptement.* »
[49] LEVEQUE Pierre, VIDAL-NAQUET Pierre, *Clisthène l'Athénien*, Paris, Macula, 1983, p 21.

plus graves et prononce la peine d'ostracisme à condition, pour ce dernier point, que 6.000 personnes au moins soient réunies pour prendre cette décision[50]. Elle juge cependant rarement et prend d'ordinaire un décret pour renvoyer les affaires dénoncées devant une autre juridiction.

Il y a, en effet, à Athènes pas moins de dix tribunaux qui rendent la justice[51]

L'Aréopage est le plus ancien des tribunaux d'Athènes, que les orateurs ont pris l'habitude de nommer « *Le Sénat* »[52]. L'assemblée est composée par les anciens archontes qui avaient dignement remplis leurs fonctions. Ils demeurent Aréopagites jusqu'à leur mort. Le corps se renouvelle très lentement, et semble suivre des rites et un vieux droit coutumier[53] antérieur à Dracon[54]. « *Composé d'hommes qui siégeaient, pour la plupart, depuis de longues années déjà, sur les bancs du tribunal, ils n'étaient pas dupes* […] *de ce que nous appelons les effets d'audience* »[55]. Il fallait y prononcer des serments accompagnés d'imprécations extraordinaires, inconnus des autres juridictions[56], au milieu des restes consacrés de béliers, de porcs et de taureaux. A sa création, l'Aréopage avait la connaissance de tous les crimes, mais son origine aristocratique et son indépendance le firent entrer en conflit avec le peuple. Ses compétences s'en trouvèrent restreintes, à partir de Périclès, aux assassinats, empoisonnements, incendies et quelques crimes passibles de la peine de mort[57]. Comme pour tous les tribunaux athéniens, l'acte d'accusation[58], les formalités préparatoires[59] et les débats ont lieu publiquement[60]. Les délibérations, cependant, sont secrètes. Démosthène décrit l'assemblée en train de délibérer, une corde la séparant du public[61].

C'est cependant l'Héliée, le tribunal populaire d'Athènes, qui posséde le plus grand pouvoir. Composée de 6.000 citoyens dont les noms sont tirés au sort chaque année, la juridiction siége

---

[50] BONNET, *ibid.*, p 33-34.
[51] CUCHEVAL Victor, *Etude sur les tribunaux athéniens et les plaidoyers civils de Démosthène*, Paris, Durand, 1863, p. 23.
[52] DUGIT Ernest, *Etude sur l'Aréopage athénien*, Paris, Thorin, 1867, p. 15.
[53] DINARQUE, *Accusation contre Démosthène*, in *Orateurs et sophistes grecs*, Paris, Charpentier, 1842, p. 473.
[54] PERROT Georges, *Essai sur le droit public et privé de la république athénienne*, p 200, Paris, Thorin, 1867, 343 p.
[55] *Ibid*., pp 201-202.
[56] DEMOSTHENE, *Contre Aristocrate*, I.
[57] HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e éd., t. 1, Paris, Plon, 1866, p. 12.
[58] L'assignation ou la plainte est affichée devant le tribunal où l'affaire doit être jugée. *Contre Théocrine, Contre Midias.*
[59] Par exemple, les plaideurs devaient, de manière préalable, consigner une somme d'argent et le dépôt se fait publiquement. *Contre Evergos.*
[60] Nous ne citerons ici que quelques exemples des textes qui nous sont parvenus, tant ils sont nombreux à montrer la présence du public lors de l'audience de jugement de l'Aréopage. LYCURGUE, *Plaidoyer contre Isocrate*, pp. 389-444 ; ANTIPHON, *Plaidoyer sur le meurtre d'Hérode*, pp. 19-42 ; LYSIAS, *Plaidoyer sur le meurtre d'Eratosthène*, pp. 113-122, in *Orateurs et sophistes grecs*, Paris, Charpentier, 1842, 537 p. Souvent, les orateurs s'adressent directement à la foule. Par exemple, Epicharès à la fin de son plaidoyer contre Théocrine.
[61] DEMOSTHENE, « Première harangue », in *Œuvres complètes de Démosthène et d'Eschine*, t. 4, Paris, Belin, 1804, p. 376.

d'ordinaire dans une composition réunissant 500 personnes. Il n'est cependant pas rare que certains procès se déroulent devant 1.500 ou 2.000 membres, voire en assemblée plénière réunissant 6.000 personnes. Même si les juges de l'Héliaste recoivent un dédommagement financier, le tribunal est principalement composé de personnes ayant les moyens de ne pas travailler et passer leur journée à siéger. L'institution entre en décadence à partir du moment où la présence des jurés est rémunérée. L'acte de juger devient alors une forme indirecte d'aide sociale pour la partie la plus impécunieuse de la société, dès lors prompte à soulever des procès à tout propos afin d'augmenter ses revenus[62]. La procédure y est accusatoire. L'accusateur et l'accusé y prennent successivement la parole. Il n'y a pas d'avocat.

Pour Faustin Hélie, trois grands principes « *dominent et dirigent* » l'action de la procédure pénale athénienne : « *c'est la publicité imprimée à tous ses actes, c'est le droit d'accusation conféré à tous les membres de la cité, c'est enfin le droit des citoyens de siéger comme juges et de participer à la distribution de la justice* »[63]. A la différence des Hébreux, le serment et la torture à des fins judiciaires existent chez les Grecs. La torture s'applique principalement aux esclaves, qui ne peuvent pas prêter serment. C'est ce qu'on peut ainsi lire sous la plume de Démosthène, rapportant le procès contre Timothée. Les écrits des philosophes grecs évoquant, et souvent justifiant, la torture sont nombreux. Acte d'instruction, la torture releve du principe du contradictoire et de celui de la publicité. Antiphon (vers - 480 av. J.-C., - 410 av. J.-C.) , dans le plaidoyer écrit pour défendre Hélos de Mytilène de l'accusation de meurtre, évoque cette règle dont on comprend, cependant, qu'elle n'est pas suivie strictement : « *Le deuxième esclave a été mis à la torture plusieurs jours seulement après le premier* […] *Ignorez-vous que ceux qui dirigent la question disposent de l'esclave qu'on interroge et le font parler à leur gré ? Et combien l'avantage est plus grand pour eux lorsque la scène se passe loin de celui contre lequel on dépose ! Si j'eusse été là, j'aurais dit à l'esclave, tu mens ! et, en ordonnant de prolonger la torture, je lui aurais fait rétracter ses calomnies. Mais, nos adversaires se trouvaient seuls maîtres de la question, seuls arbitres de leurs propres intérêts.* »[64]

Droit romain. Selon l'histoire légendaire de Rome, Romulus jugeait lui-même les grands crimes[65] et renvoyait les autres au Sénat. Tarquin-le-Superbe[66] statuait seul dans les affaires

[62] Pour une critique de cette déviance : ARISTOPHANE, *Les guêpes*, trad. Poyard, Paris, Hachette, 1865, p. 162.
[63] HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, 2e éd., Paris, Plon, 1866, p. 21.
[64] ANTIPHON, *Plaidoyer sur le meurtre d'Hérode*, in *Orateurs et sophistes grecs*, Paris, Charpentier, 1842, p. 28.
[65] Son règne dura de – 753 à – 716 av. J.-C.

criminelles, sans prendre l'avis de personne[67]. Horace fut jugé par deux citoyens nommés par Tullus Hostilius[68], et il lui fut permis de faire appel devant le peuple de la sentence : « *Le roi, craignant d'assumer sur sa tête la responsabilité du jugement, dont la rigueur soulèverait la multitude ; craignant plus encore de provoquer le supplice qui suivrait le jugement, convoque l'assemblée du peuple* »[69]. Ce pouvoir suprême des rois en matière judiciaire passe aux consuls après l'expulsion des Tarquin[70] consécutive au meurtre de Lucrèce. Brutus en use pour condamner à mort ses deux fils. L'établissement de la République se concrétise, peu après, par la prise de pouvoir du peuple en matière judiciaire, mais aussi par la suprématie de la loi, produit de la volonté de tous, sur le pouvoir d'un seul[71].

La *Lex Valeria de provocatione*, en 509 av. J.-C.[72], du consul Valerius Publicola, pose le principe du droit d'appel, devant le peuple, d'une décision d'un magistrat ou d'un consul.

La loi des douze tables, *Lex Duodecim Tabularum*, premier corps de loi écrite de la Rome antique, fonde, sous la pression des plébéiens, le droit de la République romaine. Sa rédaction, entre 451[73] et 449 av. J.-C., est l'œuvre de deux collèges successifs de dix *décemvirs.* Gravées dans le bronze et affichées sur le *forum romanum*, les douze tables s'inspirent clairement de l'héritage grec puisque, selon Tite-Live, les premiers travaux ayant mené à leur formation ont consisté à envoyer à Athènes, en 453 av. J.-C., trois représentants chargés de recueillir les lois de Solon[74]. Reprenant l'essence de la philosophie grecque, les Romains établissent alors une procédure dont les grands traits sont parvenus jusqu'à nous.

L'action judiciaire, pour prospérer, nécessite un corps du délit certain. Chez les Athéniens, elle débutait par une requête faite au roi par un particulier. Après les douze tables, c'est le

---

[66] Son règne dura de – 535 à – 509 av. J.-C.

[67] TITE-LIVE, *Œuvres de Tite-Live (Histoire romaine),* trad. Nisard, Paris, Dubochet, 1864, I, 49.- Romulus apparaît parfois comme un modérateur, cherchant à garder la concorde en évitant les excès de la vengeance privée.

[68] Le règne de Tullius Hostilius dura de – 672 à – 641 av. J.-C.

[69] TITE-LIVE, *op. cit.*, II, 26.

[70] TITE-LIVE, *op. cit.*, II, 5. Le départ de Tarquin le Superbe marque la fin de la période royale en – 509 av. J.-C.

[71] TITE-LIVE, *op. cit.*, II, 1 : « *Je vais raconter maintenant ce que le peuple romain, désormais libre, fit tant dans la paix que dans la guerre ; je dirai l'établissement de ses magistrats annuels, et l'empire des lois, plus puissant que celui des hommes* »

[72] L'année de la mort de Brutus, Rome craignait alors que Publius Valerius, désormais seul consul, ne rétablisse la royauté. Il organisa les obsèques de Brutus et en profita pour réaffirmer le principe de la souveraineté populaire : « [Valerius Publicus] *convoque l'assemblée du peuple ; puis ayant fait abaisser les faisceaux, il monte à la tribune. Ce fut un spectacle bien doux pour la multitude, que de voir les insignes du pouvoir souverain abaissés devant elle, puisque c'était avouer que la majesté et la puissance du peuple étaient supérieures à celles du consul* » : TITE-LIVE, *op. cit*, II, 7.- Il fit de même en reconnaissant la suprématie du peuple en matière judiciaire. Dès lors, il ne fut plus Publius Valerius, mais devint Publicola : « *Les lois qu'il proposa ensuite* […] *le rendirent populaire, et c'est à elles qu'il dut son surnom de publicola. Celles, entre autres, qui autorisaient les citoyens à en appeler au peuple de la sentence d'un magistrat* […] *furent particulièrement agréables à la multitude* » : TITE-LIVE, *op. cit.*, II, 8.

[73] TITE-LIVE, *op. cit.*, III, 33 et 34.

[74] TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Liv. III, 31.

préteur, magistrat du corps sénatorial désormais chargé de la fonction judiciaire précédemment exercée par le consul, qui reçoit les requêtes accusatrices[75]. Par un premier examen, il doit se prononcer sur la recevabilité de l'action, notamment au regard de la situation juridique de l'accusateur et de l'accusé. Ceci fait, il autorise le dépôt, entre les mains du greffier, du libelle d'accusation et donne la permission d'assigner la partie accusée. L'accusation publique, faite par un magistrat, se déroule à la tribune des harangues, devant le peuple assemblé[76]. Le magistrat[77] y exprime son intention de poursuivre une personne un jour donné, et donne l'ordre à cette dernière de comparaître à l'audience ainsi fixée. Si l'accusé ne se présente pas, l'usage consiste à le sommer de le faire par un héraut qui fait sonner une trompette devant sa maison, dans et autour de la ville. Cette première audience, que nous qualifierions aujourd'hui d'accusation, est destinée à constater le chef d'accusation en présence de l'accusé[78]. Ce dernier se trouve sur la tribune, mal habillé[79]. Le défendeur peut exciper de moyens juridiques fondés sur des fins de non-recevoir pour arrêter la procédure. Il peut aussi plaider coupable et la peine est alors prononcée sur le champ. Cependant, si sa défense consiste en une négation des accusations portées, le préteur renvoie l'affaire à l'audience du fond en laissant le temps à l'accusé de préparer sa défense. L'accusation est alors publiée par un décret affiché pendant trois jours de marché. Dès lors, l'accusé ne paraît plus en public qu'en mauvais habit et bénéficie du secours de défenseurs, généralement au nombre de quatre[80].

Chez les Romains, l'accusation publique est possible pour les crimes de parricide, de lèse-majesté, de concussion, de péculat, de conjuration ainsi que pour les crimes militaires.

La justice se rend sous le contrôle du peuple… et des dieux. Il suffit qu'un éclair luise dans le ciel pour que la *Lex Aelia et Fusia* s'applique, et que les débats soient renvoyés à un autre jour. Le fait qu'un membre de l'assistance soit pris d'une crise d'épilepsie produit le même effet[81].

---

[75] L'émergence du préteur, à qui échoit le pouvoir judiciaire, caractérise la division du pouvoir consulaire. Dès lors, les consuls s'occuperont exclusivement des affaires publiques et de la conduite des guerres.

[76] L'accusation pouvait être soutenue par tout citoyen romain, mais c'était rarement le cas, car la fonction d'accusateur était honteuse, sauf dans des cas très particuliers comme la sauvegarde de la République ou la défense de son père : CICERON, *De officiis*, II, 14.

[77] L'accusateur public se nommait *Quadruplatores*, sans que l'on sache d'où vient ce nom. Certains soutenaient qu'il percevait à titre de salaire le quart des effets du criminel : CICERON, *Plaidoyer contre Verrès*, II, 8 et 9.

[78] L'accusation devait être réitérée trois fois, à un jour d'intervalle à chaque fois, en motivant les poursuites par la présentation publique des éléments à charge.

[79] Semble-t-il pour attirer la compassion : TITE-LIVE, *op. cit*., II, 61.

[80] Qui correspondaient, selon Asconius, à quatre fonctions distinctes : les *patroni*, qui plaidaient la cause ; les *advocati*, qui prodiguaient des conseils à l'accusé ; les *procuratores*, qui effectuaient des actes en l'absence de l'accusé ; les *cognitores*, qui défendaient la cause lorsque la personne était présente : ASCONIUS, *In divin in coecil*, 4.

[81] ADAM Alexander, *Antiquités romaines*, vol. 1, Paris, Verdière, 1818, p. 133.

La manière de faire les lois et de juger est la même pour les *comices*. Le peuple est rassemblé sur le champ-de-mars et le préteur prend place, face à lui, sur une chaise curule placée sur une tribune[82]. Cette dernière est, à l'origine, en bois, de forme carrée, et peut se déplacer d'un endroit à un autre. Le préteur est revêtu de la robe prétexte et se tient derrière une épée et une lance dressées symboliquement devant lui. Par la suite, des salles d'audiences sont construites autour du forum. Elles prennent le nom de *basilicae*.

S'il s'agit d'établir une nouvelle loi, son texte est lu publiquement et les personnes présentes peuvent parler pour ou contre[83]. La procédure est identique s'il s'agit de prononcer une peine contre un citoyen romain. *L'omnium rogationum* désigne la procédure par laquelle il est fait appel au peuple pour trancher une affaire judiciaire, adopter une décision ou désigner une personne pour une charge[84]. Les citoyens romains donnent d'abord leur avis de vive voix[85], mais ce mode de participation évolue, avec le temps, vers un suffrage secret, par bulletin[86]. La loi gabinienne admet d'abord cette façon de procéder pour quelques cas[87], puis la loi cassienne l'impose au jugement de toutes les affaires, hors le cas de trahison[88], avant que la loi caelienne l'étende même à ce dernier cas[89].

Si un particulier est accusé d'un crime capital, il ne peut être jugé que par une assemblée populaire, les *comices centuries*[90]. Les affaires capitales sont celles dont la sanction porte atteinte à la vie ou à la liberté d'un citoyen[91]. La peine de mort ne peut être prononcée qu'après avoir pris l'avis du peuple tout entier, réuni publiquement en *comitia centuriata*. Pour ces affaires, le peuple est appelé au comice par le son d'une trompette[92]. L'atteinte au corps d'un citoyen romain, nécessite, de même, une intervention populaire. Aucun magistrat n'a le pouvoir de le faire mettre à mort ou de lui infliger une punition corporelle. Il suffit de déclarer « *Je suis un citoyen romain* », pour arrêter l'exécution d'une telle mesure prononcée par un magistrat, et mettre en œuvre l'appel à l'avis populaire[93].

---

[82] *Pro tribunali*, ce qui donnera le terme « *tribunal* ».
[83] TITE-LIVE, *op. cit.*, XL, 21.
[84] TITE-LIVE, *op. cit.*, XXXI, 7.- CICERON, *De Legibus*, II, 4.
[85] TITE-LIVE, *op. cit.*, XXIV, 8 et 9.
[86] En fait, il s'agissait de tablettes, chaque citoyen en avait trois : la première sur laquelle état gravée la lettre A (non coupable), la deuxième la lettre C (*coupable*), la troisième N.L. (nécessité d'un plus ample informer), la cause était alors renvoyée à une autre audience.
[87] CICERON, *De amicitia*, 12.
[88] CICERON, *Brutus*, 25 et 27.
[89] CICERON, *De legibus*, III, 16.
[90] TITE LIVE, *op. cit.*, IV, 41. Le *comice centuries* réunissait les différentes tribus pour les affaires les plus graves. Une procédure similaire existait aussi au sein de chaque tribu, pour statuer sur des peines d'amende.
[91] TITE LIVE, op. cit. II, 35.- Parfois des affaires civiles étaient aussi qualifiées de capitales, lorsque la réputation de l'individu était en cause : CICERON, *Pro Quintus*, 9 à 13.
[92] SENEQUE, *De Ira*, I, 16.
[93] TITE LIVE, *op. cit.*, XXIX, 8.

Les affaires de moindre importance peuvent, cependant, être jugées directement par le préteur, tandis que plusieurs sortes de juges[94] peuvent être désignés pour exercer, par délégation, le pouvoir populaire pour trancher des affaires simples. Il n'est guère possible, en effet, de réunir le peuple à tout propos. Des commissaires, les *questiones*, sont investis du pouvoir de juger certains crimes[95]. Leur autorité est limitée à une seule affaire et cesse avec celle-ci. Ces commissaires sont ordinairement des magistrats, mais peuvent aussi être de simples particuliers. Par la suite, la décision est adoptée de nommer des tribunaux permanents, les *questiones perpetuae*, composés de membres spécialisés[96], pour statuer sur les infractions communes. Les préteurs qui, à l'origine, ne tranchaient que des contentieux de nature civile, sont également chargés de statuer en matière criminelle. Dès lors, le peuple n'intervient plus que pour les affaires extraordinaires et dans les cas d'appel pour les affaires les plus graves.

Les audiences sont publiques et les avocats plaident deux fois : l'une brièvement, puis de manière plus développée. Une loi de Pompée, inspiré par la législation grecque, limite leur intervention à une heure, c'est-à-dire la durée d'écoulement d'un clepsydre, une horloge à eau[97]. A partir de l'Empire, il est courant de voir des avocats déplacer leur claque, c'est-à-dire payer des spectateurs qui les suivent d'un procès à l'autre et, comme pour les émissions de télévision moderne, applaudissent lorsqu'un signal leur indique de le faire[98].

L'*appelatio*, c'est-à-dire l'appel est possible d'un juge inférieur à un juge supérieur, voire d'un magistrat à un autre[99]. Le terme *provocatio* désigne, à l'origine, l'appel au peuple des jugements criminels. La fin de la République se caractérise cependant par la fin de cet appel et la substitution de l'empereur au peuple pour statuer en dernier ressort dans les cas criminels[100].

Résumant la procédure criminelle du droit romain, Faustin Hélie écrivait : « *Trois principes dominent tout le système des jugements criminels : la publicité de la procédure, la participation des citoyens au jugement et le droit d'accusation conféré à chacun des membres de la cité. Ce sont ces trois règles que la législation grecque nous a déjà présentées, mais*

---

[94] Selon l'objet du contentieux : *judex*, *arbiter*, *recuperatores*, *cemtuviri* etc.

[95] Ils furent nommés, selon les époques, par les rois, le peuple voire le Sénat. L'usage voulait qu'ils ne le soient jamais par les préteurs, même si quelques exceptions existent comme le procès de Rabirius : SUETONE, *César*, 12.

[96] L'usage ancien était de choisir les juges dans le corps des sénateurs, puis ils furent pris dans l'ordre équestre. Les différentes lois désignèrent ensuite l'un et l'autre corps pour fournir le contingent des juges. Différentes restrictions furent édictées selon les législateurs. Pompée, par exemple, ordonna de ne choisir les juges que parmi les citoyens les plus riches. Les juges étaient divisés en *décuries*, chaque *décurie* étant compétente pour un type d'infractions. La division se faisait en fonction de la richesse des juges. Les plus riches jugeaient les affaires les plus importantes.

[97] CICERON, *De Oratore*, III, 34.

[98] PLINE, *Lettres*, II, 14.

[99] TITE-LIVE, *op. cit.*, III, 56.

[100] SUETONE, *Auguste*, 33.

revêtues de formes différentes, qui constituent le caractère distinctif et spéciale de la procédure romaine : toutes les autres dispositions ne sont que secondaires, ou viennent se confondre dans celles-ci. La publicité, conséquence directe des institutions populaires de Rome embrassait la procédure toute entière ; elle éclairait les formules de l'accusation et les actes de l'enquête, et même les premières investigations destinées à recueillir les traces des crimes ; toutes les démarches de l'accusation étaient contradictoires ; l'accusé ne procédait que face à l'accusé ou de ses défenseurs ; les témoins n'étaient entendus qu'en présence des deux parties ; enfin l'audience se tenait sur la place publique. Jamais le principe de la publicité n'eut une application plus complète et plus absolue. »[101]

La publicité du procès pénal sous l'Ancien régime. Nous reviendrons longuement, au cours de nos développements sur la manière dont la publicité a disparu du procès criminel à la fin de l'Ancien régime. Cette évolution nous intéresse particulièrement pour plusieurs raisons : tout d'abord, elle montre le lien étroit entre publicité et droits de la défense. Ensuite, la publicité a disparu graduellement, et non sans difficulté parfois, et comme elle avait accompagné l'émergence de l'idée démocratique en Grèce et à Rome, son extinction accompagna, dans la France de l'Ancien régime, l'émergence d'un pouvoir royal absolu. Elle ne disparut, toutefois, jamais tout à fait. Certaines phases du procès pénal demeurèrent publiques, nous pensons principalement à celle de l'exécution de la peine. Elle resta, également, largement en vigueur pour la justice pénale ordinaire et la procédure civile. De ce point de vue, l'étude de la procédure de l'Ancien régime devra être étudiée selon deux axes puisque les principes de 1789, qui sont toujours en vigueur actuellement en la matière, sont à la fois une continuité et une rupture. Continuité, d'abord, parce que les façons de procéder et le vocabulaire même pour ce qui est relatif à la publicité, sont directement inspirés par la procédure publique d'Ancien régime, notamment en matière civile. Rupture, ensuite, parce que, bien souvent en matière pénale, le législateur révolutionnaire a entendu prendre le contrepied de la procédure existante pour signifier, à travers la manière dont était rendue la justice, l'avènement d'un changement profond de régime. L'idée était désormais, s'agissant de s'adresser à ce nouveau régime politique : dis moi ce que tu montres en matière judiciaire, je te dirai qui tu es.

[101] HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 1, 2e éd., Paris, Plon, 1845, pp. 103 et 104.

Section 2. La publicité du procès pénal depuis 1789

La constitution de 1791. L'article 9, du chapitre V consacré au « *pouvoir judiciaire* » de la Constitution du 3 septembre 1791 énonce pour les juridictions criminelles que « *l'instruction* » y « *sera publique* ».

La constitution de 1793. La Constitution du 24 juin 1793 prévoit, à ses articles 91 et 92, la publicité des débats, des délibérations et des décisions de certaines juridictions.

La constitution de 1795. La Constitution du 5 fructidor An III (22 août 1795) affirme, dans son article 208, que « *les séances des tribunaux sont publiques, les juges délibèrent en secret, les jugements sont prononcés à haute voix* ».

La constitution de 1799. Les dispositions constitutionnelles relatives à la publicité des audiences judiciaires disparaissent avec le Consulat. La constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) organise le retour de la mise au secret judiciaire[102], tout en précisant que « *tous ceux, qui même dans les cas de l'arrestation autorisée par la loi, recevront ou retiendront la personne arrêtée, dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné comme tel* […] *seront coupables du crime de détention arbitraire.* »[103]

La constitution de 1802. La constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802), constituée de l'arrêté des Consuls du 20 floréal an X, et des sénatus-consultes du 14 et du 16 thermidor an X, proclame le consulat à vie et rétablit l'institution du droit de grâce au profit du premier consul, mais ne contient plus aucune disposition protectrice des libertés individuelles. Le ministre de la Justice préside « *le Tribunal de cassation et les tribunaux d'appel, quand le Gouvernement le juge convenable.* »[104]. « *Le Tribunal de cassation présidé par lui* [le ministre de la Justice] *a droit de censure et de discipline sur les tribunaux d'appel et les tribunaux criminels ; il peut, pour cause grave, suspendre les juges de leurs fonctions…* »[105]. « *Les commissaires du gouvernement près le Tribunal de cassation surveillent les*

[102] Art. 80.
[103] Art. 81.
[104] Art. 80.
[105] Art. 82.

commissaires près les tribunaux d'appels et les tribunaux criminels. »[106] Le principe révolutionnaire du contrôle populaire de l'action judiciaire a été totalement effacé. La fonction de contrôle n'appartient plus qu'à un corps de magistrats, soigneusement hiérarchisé et placé sous l'autorité et la surveillance du ministre de la Justice.

La constitution de 1804. La constitution du 28 floréal an XII (18 mai 1804) établissant l'Empire n'évoque toujours pas la protection des libertés individuelles dans son titre relatif à l'ordre judiciaire, reléguée en fin de texte. En revanche, la garantie de débats et d'un jugement « *rendus en public* » est proclamée pour la procédure devant la Haute-cour impériale instituée pour juger les dignitaires du régime[107]. Il est à noter, également, que parmi les infractions susceptibles de faire renvoyer un ministre ou un agent de l'autorité devant cette juridiction figurent les « *fortes présomptions de détention arbitraire ou de violation de la liberté de la presse.* »[108]

La Charte constitutionnelle de 1814. C'est la première Restauration qui réintroduit le principe de la publicité des débats judiciaires en tant que principe à valeur constitutionnelle : l'article 64 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 proclame : « *Les débats sont publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre et les mœurs, et, dans ce cas, le tribunal, le déclare par un jugement* ». Ce texte, cependant, n'évoque plus la publicité de la décision, comme pendant la période révolutionnaire, et ne proclame la publicité des débats que pour donner une force constitutionnelle au principe, inconnu depuis 1789 en matière criminelle, de leur limitation.

L'Acte additionnel de 1815. Lors des Cent jours, alors que Napoléon a besoin de l'appui du peuple, l'éphémère acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, œuvre de Benjamin Constant, retrouve le principe de 1789, mais sans lui adjoindre la limitation prévue par la Charte : *« Les débats en matière criminelle sont publics.* »[109]

La Charte constitutionnelle de 1830. La Charte constitutionnelle du 14 août 1830 reprend presqu'à l'identique, pour la question de la publicité judiciaire, la formulation de la Charte de 1814 : « *Les débats seront publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit*

[106] Art. 84.
[107] Art. 128.
[108] Art. 112.
[109] Art. 53.

dangereuse pour l'ordre et les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement »[110].

La Constitution de 1848. La proclamation de la République, en 1848, ne change pas le principe puisque l'article 81 de la Constitution du 4 novembre 1848 énonce : « *Les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement* ».

Les constitutions postérieures. La Constitution de 1848 signe la fin de la proclamation constitutionnelle explicite de droits de nature processuelle[111]. Il est vain de chercher des principes directeurs du procès, et donc toute référence à la publicité des audiences des tribunaux, dans la Constitution du 14 janvier 1852, le sénatus-consulte du 21 mai 1870 et les lois constitutionnelles de 1875. Nous retrouvons, certes, le principe de la publicité judiciaire dans la loi du 15 juillet 1945, validée par l'ordonnance du 3 mai 1945, mais il ne sera pas retranscrit dans les constitutions du 27 octobre 1946 et du 4 octobre 1958.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a, cependant, validé la valeur constitutionnelle du droit à un procès équitable en matière pénale en combinant l'article 66 de la Constitution de 1958 avec les articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 : « *le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »[112]. C'est à l'aune de ce principe fondamental reconnu par les lois de la République, que le Conseil s'est prononcé, au sujet de la création d'une cour pénale internationale, en relevant que « *la sentence est prononcée en audience publique ; que les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties, sont ainsi satisfaites*. »[113]

[110] Art. 55.
[111] JANVILLE Thomas, « Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France », *Petites affiches*, 22 mars 2005, n° 57, p. 6 et s.
[112] Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, considérant 44.
[113] Décision n° 98-404 DC du 22 janvier 1999, considérant 25.

Surtout dans une décision du 2 mars 2004[114], le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de la publicité judiciaire en déclarant qu'il « *résulte des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières permettant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* », censurant par cette décision un aspect de la loi sur la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui prévoyait que l'audience d'homologation ne serait pas publique.

La procédure devant le Conseil constitutionnel en matière de QPC. La décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour des questions prioritaires de constitutionnalité[115] précise que l'audience relative à une QPC devant le Conseil constitutionnel se déroule dans une « *salle ouverte au public dans l'enceinte du Conseil constitutionnel*. »[116]

Le décret du 9 octobre 1789. L'article 21 du décret 9 octobre 1789, qui a fondé le principe dans notre droit moderne, dispose pour l'ensemble de l'audience judiciaire : « *Le rapport du procès sera fait par un des juges, les conclusions du ministère public données ensuite et motivées, le dernier interrogatoire prêté et le jugement prononcé, le tout en audience publique…* ».

La loi du 16 août 1790. L'article 14 de la loi du 16 août 1790 concernant l'organisation judiciaire énonce qu'en « *toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugements seront publics* ». L'article 15 ajoute : « *La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle : l'instruction sera faite publiquement* ».

Le Code pénal de 1791. Le Code pénal de 1791 prévoit une exécution publique de la peine de mort[117], l'exposition publique des personnes condamnées à des « *peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention* »[118], la publicité des peines du carcan et de la dégradation civique[119]. Le Code prévoit aussi l'affichage des peines

[114] Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.
[115] Décision Règlement intérieur QPC du 4 février 2010, J.O. du 18 février 2010, p. 2986.
[116] Art. 8.
[117] Première partie, Titre premier, article 5.
[118] Première partie, Titre premier, article 28.
[119] Première partie, Titre premier, article 31.

prononcées par contumace[120]. La cérémonie de réhabilitation se déroule à l'audience publique[121].

Le Code de délits et des peines de 1795. L'article 162 du Code des délits et des peines du 25 octobre 1795[122], organise l'audience de jugement selon la procédure suivante pour les tribunaux de police : « *L'instruction de chaque affaire est publique, et se fait dans l'ordre suivant* […] *La personne citée propose sa défense, et fait entendre ses témoins* […] *Le commissaire du pouvoir exécutif résume l'affaire et donne ses conclusions. Le tribunal prononce ensuite dans la même audience, ou au plus tard dans la suivante. Il motive son jugement ; et y insère les termes de la loi qu'il applique ; le tout à peine de nullité* ». En matière correctionnelle, l'article 184 prévoit : « *L'instruction se fait à l'audience ; le prévenu y est interrogé ; les témoins pour ou contre entendus en sa présence, les reproches et les défenses proposées, les pièces lues, s'il y en a, et le jugement prononcé de suite, ou au plus tard, à l'audience suivante* ». Le terme « *à l'audience* » utilisé par le législateur de 1795 renvoie à une audience publique, selon le vocabulaire judiciaire issu des cours et tribunaux de l'Ancien régime.

La loi du 7 février 1801. Le principe général de la publicité des audiences est respecté à l'article 28 de la loi du 7 février 1801 (18 pluviôse an IX)[123], qui organise la procédure devant des tribunaux spéciaux : « *l'accusé sera traduit à l'audience publique du tribunal. Là, et en présence des témoins, lecture sera donnée de l'acte d'accusation dressé par le commissaire du Gouvernement : les témoins seront ensuite successivement appelés. Le commissaire du Gouvernement donnera ses conclusions ; après lui, l'accusé ou son défenseur, sera entendu* ».

Le Code d'instruction criminelle. La publicité des audiences n'est pas évoquée de manière explicite dans la partie consacrée aux procédures devant les juridictions criminelles du Code d'instruction criminelle. Combiné à des constitutions napoléoniennes qui ne défendent plus le principe de publicité, cette constatation peut permettre de soutenir que Napoléon a été tenté par un retour pur et simple aux principes de l'Ancien régime en matière criminelle. Cependant,

---

[120] Première partie, Titre trois, article 1er.
[121] Première partie, Titre sept, article 6.
[122] Loi du 3 brumaire an IV.
[123] Loi du 18 pluviôse an IX : *« l'accusé sera traduit à l'audience publique du tribunal. Là, et en présence des témoins, lecture sera donnée de l'acte d'accusation dressé par le commissaire du Gouvernement : les témoins seront ensuite successivement appelés. Le commissaire du Gouvernement donnera ses conclusions ; après lui, l'accusé ou son défenseur, sera entendu* ».

les dispositions du Code d'instruction criminelle ont été posées dans le cadre du principe général de publicité des audiences posé par la loi du 16 août 1790 toujours en vigueur à l'époque, et cette publicité se déduit des termes utilisés pour telle ou telle partie de la procédure criminelle de jugement. Ainsi, l'article 338 du Code d'instruction criminelle prévoit-il que les jurés prennent place « *à l'intérieur de l'auditoire* »[124], tandis que l'article 339 organise leur séparation physique d'avec « *le public* ». L'article 144 oblige le greffier à faire lecture de l'acte d'accusation « *à haute et intelligible voix* ». Pour la cour d'assises, l'article 348 prévoit que les jurés, après leur délibération doivent entrer dans « *l'auditoire* » où le chef du jury doit prendre la parole « *devant les hommes* » selon la formule imposée par la loi[125]. La lecture de la décision du jury par le greffier est prévue par l'article 357[126] sans que l'obligation de publicité y soit expressément indiquée. En revanche, l'arrêt de la cour d'assises doit être lu publiquement par son président[127].

En matière de simple police, l'article 153 dispose : « *L'instruction de chaque affaire se fera publiquement, à peine de nullité* […] *Le tribunal de police prononcera le jugement dans l'audience où l'instruction aura été terminée* ».

En matière correctionnelle, l'article 190 pose : « *L'instruction sera publique, à peine de nullité* […] *Le jugement sera prononcé de suite, ou, au plus tard, à l'audience qui suivra celle où l'instruction a été terminée* ».

La loi du 20 avril 1810. C'est une loi napoléonienne qui pose, de manière absolu et durable, le principe de la publicité des décisions en matière pénale : l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 relative à « *l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice* » dispose, en effet, que les arrêts qui « *ne sont pas rendus publiquement* […] *sont déclarés nuls* ».

Dans un arrêt de 1820, la chambre criminelle de la Cour de cassation insiste sur la continuité de ces différents textes. Visant l'article 14 de la loi du 16 août 1790, elle énonce qu'en « *toute matière, civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugements seront*

---

[124] L'article 341 indique que le président fait entrer l'accusé « *dans l'auditoire* », une fois que le tribunal et les jurés sont assemblés.

[125] Art. 348, Code d'instruction criminelle : « *Les jurés rentreront ensuite dans l'auditoire et reprendront leur place* […] *Le chef du jury se lèvera, et, la main placée sur son cœur, il dira : « Sur mon honneur et ma conscience, devant Dieu et devant les hommes, la déclaration du jury est…* » Le caractère public du prononcé était encore plus clair à l'article 352 du Code d'instruction criminelle, qui prévoyait le cas où le jury s'était trompé au fond, puisque ce texte énonçait que la Cour ne pouvait prononçait la mesure de surseoir au jugement qu' « *immédiatement après que la déclaration du jury aura été prononcée publiquement…* »

[126] « *Le président fera comparaître l'accusé, et le greffier lira en sa présence la déclaration du jury* ».

[127] « […] *l'arrêt sera prononcé à haute voix par le président, en présence du public et de l'accusé. – Avant de le prononcer, le président est tenu de lire le texte de la loi sur laquelle il est fondé. – Le greffier écrira l'arrêt …* »

publics », avant de viser l'article 309 du Code d'instruction criminelle « *qui renouvelle implicitement ce principe pour les matières de grand criminel* » et les articles 7 et 17 de la loi du 20 avril 1810 portant, le premier, que « [l]*es arrêts qui n'ont pas été rendus publiquement sont déclarés nuls* »[128].

L'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante. Le prononcé public des décisions est ordonné par l'article 14 de l'Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante pour les juridictions pour mineurs. Les débats font l'objet d'une publicité restreinte.

Le Code de procédure pénale. Le principe de la publicité des audiences pénales est repris dans le Code de procédure pénale à l'article 306 en matière criminelle : « *Les débats sont publics* […] *L'arrêt sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique* ». La procédure d'appel criminel organisé par l'article 380-1 du Code de procédure pénale se déroule selon les mêmes modalités, relativement à la publicité, que les audiences devant une cour d'assises statuant en premier ressort.

L'article 400 du Code de procédure pénale dispose en matière correctionnelle : « *Les audiences sont publiques* […] *Le jugement sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique* ». L'article 512 prévoit que « *les règles édictées pour le tribunal correctionnel* », dont le principe de publicité posé par l'article 400, sont « *applicables devant la cour d'appel* ».

L'article 535 du Code de procédure pénale organise la procédure suivie devant les tribunaux de police et la juridiction de proximité, par un renvoi, pour ce qui concerne la publicité, aux règles édictés par l'article 400 du Code de procédure pénale.

L'article 145 pose le principe d'une audience publique de plein droit devant le juge des libertés et de la détention au sujet du contentieux relatif au placement en détention provisoire : « *Si la personne mise en examen est majeure, le débat contradictoire a lieu et le juge statue en audience publique* ».

L'article 199 du Code de procédure pénale prévoit, relativement à la détention provisoire, des dispositions de même nature pour la chambre de l'instruction : « *En matière de détention provisoire* […] *si la personne mise en examen est majeure, les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique* ».

[128] Cass. crim., 22 avril 1820, Bull. crim. 1820, n° 56.

L'article 601 prévoit, pour la Cour de cassation que « *Les règles concernant la publicité* […] *doivent être observées devant la Cour de cassation* ». L'article 617 du Code de procédure pénale évoque « [l]*'arrêt qui* […] *a prononcé la cassation sans renvoi…* ».

La procédure devant la Haute Cour. La Haute Cour, tribunal pénal particulier, compétent pour juger le Président de la République, a été créé par les lois constitutionnelles de la Troisième République. Elle est prévue aux articles 67 et 68 de la Constitution de 1958. L'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour précise, dans son article 23 que la commission chargée de l'instruction peut « *décerner mandat* ». Le texte ajoute, article 24 : « *la commission d'instruction procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale et spécialement celles qui assurent les garanties de la défense* », dispositions que nous interpréterons comme une obligation d'audience publique relative à la détention provisoire, si une mesure de privation de liberté a été ordonnée sur le fondement de l'article 23. Le principe d'une audience publique devant la formation de jugement est posé par l'article 32 : « *Les règles fixées par le code de procédure pénale concernant les débats et les jugements en matière correctionnelle sont applicables devant la Haute Cour …* »

La procédure devant la Cour de justice de la République. La Cour de justice de la République, créée par la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993, juge les infractions commises par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Elle est prévue par les articles 68-1 et 68-2 de la Constitution de 1958. La procédure suivie devant elle est réglée par la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République. Son article 18 précise, pour l'instruction : « *la commission d'instruction procède à tous les actes qu'elle juge utiles à la manifestation de la vérité selon les règles édictées par le code de procédure pénale et spécialement celles relatives aux droits de la défense* », formulation qui attire de notre part, et relativement à la publicité, les mêmes commentaires que pour la procédure réservée au Président de la République avec cet ajout que l'article 22 évoque des « *décisions de nature juridictionnelle* » rendues par la commission d'instruction. L'article 26 dispose, pour ce qui concerne la publicité, que « *les jugements en matière correctionnelle sont applicables devant la Cour de justice de la République* ».

La gradation contemporaine de la publicité. La publicité judiciaire porte principalement, de nos jours, sur les débats et la décision. Une gradation a été établie par la procédure.

L'audience publique consiste en l'accès indistinct du public dans une salle prévue pour l'accueillir où se déroulent les débats.
Le huis clos est l'exception au principe de l'audience publique. La salle est vidée du public et ses portes sont fermées afin d'en interdire l'accès aux personnes non autorisées. La mesure de huis clos ne peut porter que sur les seuls débats.
La publicité restreinte est la procédure de droit commun devant les juridictions pour mineurs. Elle consiste à n'admettre dans la salle d'audience que les personnes qui figurent sur une liste établie à l'article 14 de l'ordonnance de 1945 sur l'enfance délinquante. La mesure ne s'applique pas au prononcé des décisions.
L'audience en chambre du conseil se déroule dans une pièce du tribunal, normalement non prévue pour recevoir le public. Ce peut-être, par exemple, la chambre du délibéré. Elle peut aussi se dérouler dans une salle d'audience. L'accès à cette dernière sera alors soumis à des restrictions plus importantes qu'en cas de huis clos. Ainsi, les avocats non concernés par l'affaire ne pourront pas assister à une audience en chambre du conseil, alors qu'ils peuvent se maintenir dans la salle d'audience en cas de huis clos.
L'audience de cabinet désigne une audience en chambre du conseil se déroulant devant un magistrat spécialisé statuant seul, d'ordinaire dans le bureau qui lui est affecté au sein du palais de justice.
La publicité de la décision sur le fond se réalise par le prononcé de son dispositif à l'audience publique. Son renforcement peut, cependant, être décidé par la juridiction, dans les cas prévus par la loi, par la voie de la publication judiciaire ou/et de l'affichage.

Perspectives contemporaines de la publicité du procès pénal. La publicité de la justice semblant aussi ancienne que la justice elle-même, le sujet n'est donc pas tout à fait nouveau. Cependant, deux perspectives contemporaines lui donnent un regain d'intérêt : le rapport entre publicité judiciaire et société démocratique au regard de l'évolution de cette dernière à l'aube du XXIe siècle d'une part ; les conséquences des nouvelles technologies sur la mise en œuvre de la publicité, d'autre part.

Publicité et société démocratique. Classiquement, la question de la publicité judiciaire est liée à celle de la détermination de la source du pouvoir. Lorsque Valerius Publicola a désigné le peuple comme le détenteur du pouvoir de juger en dernier ressort une affaire judiciaire, il a reconnu par là-même le principe de la souveraineté populaire. Le jour où Caligula s'est arrogé le droit d'avoir le dernier mot en matière judiciaire, il a enterré le régime républicain.

Si depuis quelques décennies, la question de la publicité judiciaire se trouve souvent borné en doctrine par le champ du droit privé, son rapport étroit avec l'idée de démocratie la place historiquement et naturellement dans une problématique de droit public. Les frères Dalloz, d'ailleurs, la désignaient comme « *l'un des principes les mieux reconnus de notre droit public* »[129]. Cette acception est ravivée depuis quelques années par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui tient la publicité judiciaire comme un des éléments du procès équitable dans la société démocratique que cette institution a pour mission de préserver. En France, cet aspect de notre organisation politique et judiciaire ne peut pas, non plus, être éludée lorsque se pose la question de la légitimité des magistrats. Dès lors qu'il est établi que le pouvoir vient du peuple, et non plus de Dieu, arrive forcément le besoin d'un examen attentif des relations entre les institutions et ledit peuple. Pour la Justice, ce lien passe par la publicité. Le temps de la représentation d'Ancien régime, c'est-à-dire d'un temps où le roi était source de justice, ne correspond plus vraiment aux aspirations contemporaines d'un public qui a de plus en plus de mal à comprendre un symbolisme emprunté à l'Eglise catholique et que cette dernière a elle-même parfois abandonné. Les ressorts modernes sont d'une autre nature, fondés notamment sur la confiance d'une population de plus en plus prompte à la défiance, ce qui nécessite une autre relation entre l'institution judiciaire et le public.

Publicité et nouvelles technologies. L'apparition des nouvelles technologies, notamment numériques, bouleverse la mise en œuvre de la publicité. Certaines solutions ont été adoptées, faute de possibilité technique de faire autrement. Une première solution serait de simplement adapter l'état actuel de la procédure à de nouveaux outils. Elle nous paraît insatisfaisante. En utilisant la technologie numérique, la publicité ne fait pas que changer de dimension ; elle change de nature. Une remise à plat nous paraît donc nécessaire, ce qui nécessite d'énoncer clairement les principes qui déterminent la publicité judiciaire avant – et donc seulement dans un deuxième temps – d'utiliser la technologie contemporaine pour atteindre les finalités ainsi dégagées.

Plan. Cette double perspective place la question de la publicité judiciaire dans un processus dynamique, qui nécessite de se souvenir de ce qui a été pour déterminer l'endroit où nous voulons aller au regard des enjeux sociétaux et politiques contemporains. Ces derniers

[129] DALLOZ Victor et Armand, « Publicité des débats judiciaires », *Répertoire*, t. 19, Paris, 1852, p. 200.

concernent aussi bien l'accès du public au prétoire que la diffusion, hors de la salle d'audience, d'informations en relation avec le procès pénal. M. d'Ambra définit la publicité comme « *l'ensemble des moyens destinés à permettre d'informer le public de l'existence, du déroulement, de l'issue d'une instance juridictionnelle* »[130].

Nous allons, pour notre part, nous pencher dans un premier temps sur la publicité du procès pénal entendue comme étant constituée par l'admission du public dans la salle d'audience à l'occasion de celle-ci (Première Partie), avant de nous intéresser à la publicité hors de la salle d'audience, par la diffusion d'éléments d'information relatifs au procès pénal (Deuxième Partie).

[130] D'AMBRA Dominique, V° Publicité, in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

Première partie
La publicité du procès pénal par l'admission du public à l'audience

Plan. L'article 55 de la Constitution de 1958 définit la place des traités internationaux dans la hiérarchie des normes : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Or, la publicité des débats en matière pénale se trouve au cœur des traités internationaux que sont la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Nous étudierons donc la valeur accordée à la publicité de l'audience en droit international (Titre I) avant de nous pencher sur la manière dont elle est appréhendée en droit interne (Titre II).

Titre I
La publicité de l'audience pénale en droit international

Plan. La publicité de l'audience pénale est devenue, à partir de la fin de la Deuxième Guerre mondiale, un principe reconnu comme un droit de l'homme à vocation universelle. L'influence des textes de l'O.N.U. a été déterminante lors de l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme (chapitre 1). Le principe de la publicité de l'audience pénale a, ensuite, été conforté et précisé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au nom du modèle européen du procès équitable (chapitre 2).

Chapitre I
Un principe proclamé comme un droit universel

Plan. Le principe de la publicité de l'audience pénale a été conforté par les textes normatifs adoptés par l'Organisation des Nations unies (O.N.U.) à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Il est proclamé de manière explicite aussi bien dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, que dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (Section 1). La formulation de ce dernier texte a, par ailleurs, été reprise dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[131] de 1950 (Section 2).

[131] Que nous désignerons par les termes « *la Convention européenne des droits de l'homme* » ou « *la Convention* ».

Section 1. La publicité de l'audience dans les textes normatifs des Nations unies

La Déclaration de 1948. Texte de référence sur lequel les travaux visant à créer une Convention européenne des droits de l'Homme ont été fondés, la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par les Nations unies en 1948 n'a pas de force contraignante[132]. Elle n'est « *ni un traité, ni un accord international et ne comporte aucune obligation juridique ; c'est plutôt une affirmation des principes fondamentaux qui déterminent les droits imprescriptibles de l'homme, destinée à établir la norme vers laquelle doivent tendre tous les peuples et toutes les nations* »[133]. La Déclaration universelle des droits de l'homme peut se définir comme l'expression d'un standard, au sens anglais, c'est-à-dire un « *étalon* » de référence, à l'aune duquel chacun peut jauger sa propre production juridique et sa propre pratique judiciaire. Elle pose le principe du procès équitable, dont la garantie d'une audience publique fait partie, dans son article 10 : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* »

Le Pacte de 1966. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[134] adopté par l'Assemblée générale de l'O.N.U. à New York le 16 décembre 1966[135], est entré en vigueur le 23 mars 1976, après sa ratification par trente-cinq Etats[136]. A la différence de la Déclaration, il a force obligatoire auprès des Etats l'ayant ratifié. Ce qu'a fait la France par une loi du 25 juin 1980[137] dont les dispositions sont entrées en vigueur le 4 février 1981.

---

[132] Même si un fort courant doctrinal internationaliste soutient que la Déclaration des droits de l'homme est l'expression de la coutume internationale et possède, à ce titre, la force juridique attribuée aux sources de droit coutumières. ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, 1974, vol. II, pp. 717-718 . - NGUYEN Quoc Dinh, DAILLIER Patrick., PELLET Alain, *Droit international public*, L.G.D.J., 1975, pp. 517-518.
[133] ROOSEVELT Eleanor, Compte-rendu de la 89e séance du troisième comité de l'Assemblée générale des Nations unies, tenue au Palais Chaillot, Paris, le 30 septembre 1948 à 15 h. O.N.U., Doc. A/C.3/SR.89, p. 32.
[134] Que nous désignerons par le terme « *le Pacte* ».
[135] O.N.U., Résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.
[136] Conformément à l'article 49 du Pacte.
[137] Loi n° 83-461 du 25 juin 1980, J.O. du 29 janvier 1981.

L'article 14 du Pacte proclame que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil…* »

Historique. Entre le mois d'août et le mois d'octobre 1944, c'est-à-dire six mois avant Yalta, les représentants des gouvernements de la Chine, des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de l'URSS se réunissent à Dumbarton Oaks, près de Washington, pour jeter les bases de la création de l'Organisation des Nations unies. Seuls les documents préparés par les Etats-Unis évoquent, à ce stade, la question des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme but de l'organisation à construire[138]. Ce point, cher à Roosevelt, paraît alors bien éloigné des préoccupations des trois autres pays réunis. Les propositions issues des discussions de Dumbarton Oaks sont transmises à une conférence internationale à San Francisco où sont réunis, entre le 25 avril et le 26 juin 1945, cinquante Etats qui ont en commun le fait d'être en guerre contre l'Allemagne ou le Japon au 1er mars 1945. Cette conférence adopte la Charte de San Francisco, ou Charte de l'Organisation des Nations unies[139], qui, sous l'influence des petites nations réunies, et notamment des représentants de l'Amérique latine[140], évoque à plusieurs reprises la nécessité de protéger, partout dans le monde, les droits de l'homme et les libertés fondamentales sans distinction de race, de sexe, de religion ou de langue[141].

Une des premières décisions de l'O.N.U. La décision de rédiger une déclaration des droits de l'homme est adoptée lors de la première assemblée générale des Nations unies qui se tient à Londres puis à New York en janvier 1946. Le soin d'étudier un projet préliminaire de charte internationale des droits de l'homme est confié à la Commission des droits de l'homme des Nations unies[142], qui se réunit pour la première fois le lundi 28 janvier 1947, à Lake

---

[138] « [T]*he Organization* […] *promotes respect for human rights and fundamental freedoms* ». *Dumbarton Oaks Proposals for a General International Organization*, ch. 9A, s.1, in *United Nations Conference for International Organization : Documents*, vol. 3, New York, UNIO, 1945, p 18.

[139] Signée le 26 juin 1945 par les représentants des 50 pays présents. La Pologne, qui n'était pas représentée à la Conférence, la signa plus tard, mais fait partie des 51 Etats membres originels des Nations unies.

[140] GLENDON Mary Ann, *A World Made New*, New York, Random House, 2002, pp. 10-18.

[141] Charte des Nations unies : préambule et articles 1, 13, 55, 62, 68 et 76.

[142] Mandat de la Commission : O.N.U., Doc. E/248. La décision de créer une commission des droits de l'homme avait été prise par le Comité économique et social des Nations unies le 24 février 1946. O.N.U., Doc. E/20 du 15 février 1946. Résolution 5 (I) du 25 février 1946. Par cette création, le Comité économique et social respectait sa mission qui consistait notamment, aux termes de la Charte des Nations unies, à « *favoriser le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion…* » Les documents de travail de la Commission des droits de l'homme se trouvent dans les archives des Nations unies sous les cotes E/CN.4/… Les comptes rendus des séances se trouvent sous les cotes

Success à New-York, dans les locaux d'une usine désaffectée devenue le siège provisoire de l'Organisation. L'établissement de cette commission onusienne a pour but de transcrire, en temps de paix, ce qui a été un des buts de guerre officiels des Alliés[143] : cette volonté est affirmée d'emblée, par le Français Henri Laugier, secrétaire général adjoint de l'O.N.U.[144]. Le texte doit être la reconnaissance universelle que les libertés et droits fondamentaux sont inhérents à tout être humain[145], lequel a droit au respect de sa dignité et à la justice. Il doit aussi éviter plusieurs écueils, dont celui d'apparaître comme la loi du vainqueur, discutée entre un petit nombre de nations puissantes, qui décideraient de tout en comité restreint.

Plan. La Commission des droits de l'homme a cependant été fortement divisée à ce sujet (§ 1), avant que ne soit finalement affirmé le caractère fondamental de la publicité de l'audience pénale (§ 2).

E/CN.4/SR.[numéro de séance] et E/CN.4/[année]/SR.[numéro de séance]. Les rapports de session se trouvent sous les cotes E/… et E/CN.4/…

[143] La déclaration de la Charte de l'Atlantique, par Roosevelt et Churchill, le 1er janvier 1942, lors de l'entrée en guerre des Etats-Unis proclamait : « *La victoire complète sur leur ennemi* [est] *une condition essentielle de la défense de la vie, de la liberté, de l'indépendance et de la liberté religieuse, ainsi que du maintien du respect des droits de l'homme et du règne de la justice, tant dans leur propre pays que dans les autres* ». Par ailleurs, l'idée d'un but de guerre visant à établir la prééminence du droit à l'échelle mondiale est apparue très tôt dans le discours de Franklin Delano Roosevelt, qui expliquait, dès fin 1943, que la doctrine selon laquelle le fort devait dominer le faible était la doctrine des ennemis des Etats-Unis, et qu'il la rejetait : « *The doctrine that the strong shall dominate the weak is the doctrine of our ennemies* […] *and we reject it* ». Le contenu de l'intervention radiodiffusée de F. D. Roosevelt du 24 décembre 1943 est reproduite in HOOPES Townsend, BRINKLEY Douglas, *FDR and the Creation of the U.N.*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 108.

[144] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.1, Compte-rendu analytique de la réunion du lundi 27 janvier 1947 à Lake Success, document en français, original en anglais, p. 2 : « *La mission de la Commission des droits de l'homme consiste à poursuivre pendant la paix le combat que les peuples libres ont mené pendant la guerre en défendant contre toute attaque les droits et la dignité de l'homme et en rédigeant, selon les principes de la Charte des Nations unies, une déclaration internationale des droits de l'homme* ».

[145] Indépendamment, donc, de son rattachement à un Etat.

§ 1. La division initiale de la Commission des droits de l'homme

L'adoption du principe de la publicité des audiences pénales comme un droit de l'homme n'a pas été une simple formalité. Si le principe a été défendu dans plusieurs propositions initiales (A), il a été la source d'importants désaccords au sein de la Commission des droits de l'homme chargé de préparer les textes de la Déclaration et du Pacte (B).

A. Les propositions initiales en matière de publicité de l'audience pénale

La publicité judiciaire comme droit inhérent à tout être humain. Intégrer dans une déclaration à vocation mondiale le principe de la publicité des débats judiciaires n'a rien d'évident en 1947. La plupart des constitutions des Etats adhérents aux Nations unies, alors même qu'elles contiennent des dispositions relatives à la protection des personnes impliquées dans une procédure judiciaire, ne disent mot de la publicité des débats, des audiences ou des décisions[146]. Toutefois, le sixième amendement de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique garantit le droit d'être jugé publiquement et promptement[147], tandis que l'article 111 de la Constitution de l'U.R.S.S. prévoit que : « *Les débats dans tous les tribunaux de l'U.R.S.S. sont publics, sauf les exceptions prévues par la loi, et le droit de défense est assuré à l'accusé* »[148]. En 1947, dans un monde désormais dominé par les deux hyper puissances que sont les Etats-Unis et l'U.R.S.S., c'est beaucoup. Par ailleurs, s'inspirant largement du droit des Etats-Unis mais aussi du droit européen, plusieurs propositions ont été adressées à la Commission des droits de l'homme, pour inscrire le principe de la publicité des débats judiciaires dans une déclaration à caractère universel. Le Chili (Commission juridique

[146] C'est le cas, en 1947, des constitutions de l'Afghanistan, du Brésil, de la Chine, de la Colombie, du Costa-Rica, du Salvador, de l'Equateur, de l'Ethiopie, de la France, de la Grèce, du Guatemala, de Haïti, du Honduras, de l'Iran, du Libéria, du Mexique, du Nicaragua, de la Norvège, du Panama, des Pays-Bas, du Pérou, des Philippines, de la Pologne, de la Suède, de la Syrie, de la Tchécoslovaquie, de la Turquie, de l'Uruguay et de la Yougoslavie.

[147] Le sixième amendement à la Constitution des Etats-Unis, et qui fait partie du *« Bill of rights »*, la déclaration des droits, a été adopté en 1791 et dispose : « *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial…* »

[148] En 1947, la constitution soviétique en vigueur est celle adoptée le 5 décembre 1936 et souvent désignée par le terme de « *Constitution Staline* », qui a remplacé la Constitution soviétique du 31 janvier 1924.

interaméricaine) a proposé une déclaration internationale dont l'article 12 prévoit : « *Toute personne accusée d'un délit aura droit à ce que sa cause soit entendue équitablement en séance publique, d'être confrontée avec les témoins et d'être jugée par les tribunaux établis et conformément à la loi en vigueur lorsque l'acte incriminé a été commis* ». Le Panama (Institut de droit américain) a rédigé un projet dont l'article 7 est le suivant : « *Tout homme a le droit de voir sa responsabilité criminelle et civile ainsi que ses droits déterminés, sans délai injustifié, au moyen d'un jugement public et loyal, rendu par un tribunal compétent…* »[149]. Les Etats-Unis renvoient, pour leur part, à leur propre système juridique en le présentant comme l'exemple le plus abouti à suivre en matière de procédure pénale et de protection des libertés individuelles. Ils font ainsi implicitement référence à leur « *Bill of rights* » pour résumer leur position par la mention : « *Droit en matière de procédure, tel que les garanties pour les personnes accusées d'un crime ou délit* »[150].

Le principe de la publicité retenu dès les premières réunions du Comité de rédaction. Elue présidente de la Commission, Eleanor Roosevelt, veuve du président Franklin Delano Roosevelt et représentante des Etats-Unis[151], agit rapidement pour créer un Comité de rédaction, plus restreint que la Commission, afin de préparer des projets de texte dont débattrait cette dernière[152]. Finalement, après avoir envisagé de confier la rédaction au secrétariat de la Commission, la décision est prise le 3 février 1947 d'associer au sein du Comité de rédaction des personnalités de « *systèmes nationaux juridiques, économiques et sociaux différents ayant, sur le plan international, des vues et une expérience étendue en divers domaines des droits de l'homme. Il faudrait consulter des personnes parfaitement familiarisées avec divers systèmes juridiques et religieux.* »[153] Lors de sa première session, du 9 au 25 juin 1947, le Comité de rédaction travaille à partir d'une documentation réunie et ordonnée en avant-projet par le Secrétariat sous la direction de John Humphrey[154], sur le

[149] *Ibid*., p. 31.
[150] Les propositions de la délégation des Etats-Unis figurent dans : O.N.U., Doc. E/CN.4/7 et E/CN.4/8.
[151] Franklin Delano Roosevelt est mort en exercice, en avril 1945. C'est Harry Truman, son vice-président qui lui succède. Son premier discours d'importance, comme nouveau président des Etats-Unis, est prononcé à l'occasion de la signature de la Charte des Nations unies. Voulant montrer au monde l'importance qu'il accorde à la question des droits de l'homme, et donc à la poursuite de l'œuvre de Roosevelt, il convainc Eleanor Roosevelt de représenter les Etats-Unis aux Nations unies. STEINBERG Alfred, *Mrs R. : The Life of Eleanor Roosevelt*, New York, Putnam, 1958, p. 320.
[152] Compte-rendu de la réunion du samedi 1er février 1947, à 11 h. O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.9, p.6, original en français.
[153] Intervention de Mme Roosevelt. Compte-rendu de la réunion du mardi 3 février 1947, à 11 h. O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.11, p. 3. Original en anglais.
[154] O.N.U., Doc. E/CN.4/AC.1/3

fondement d'un projet de déclaration des droits de l'homme émanant du Royaume-Uni, et des propositions des Etats-Unis et de la France[155].

« *L'avant-projet de déclaration internationale des droits de l'homme* » établi par la division des droits de l'homme du secrétariat sous la plume du professeur Humphrey prévoit : *« Article 6. Nul ne peut être privé de sa liberté sans un jugement rendu par un tribunal, conformément à la loi et après un procès régulier et public au cours duquel il aura toute la faculté de se faire entendre…* »[156]

Le Royaume-Uni, pour sa part, propose un projet de résolution à adopter par l'Assemblée générale des Nations unies en même temps que la Déclaration internationale des droits de l'homme, qui demande : *« que dans tous les procès les droits de la défense soient scrupuleusement reconnus, y compris le droit, pour l'inculpé, d'être jugé publiquement et d'être réputé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie.* »[157]

Les Etats-Unis proposent les dispositions suivantes : « *Article 8.* […] *Nul ne peut être privé de la vie ou de sa liberté personnelle ou être condamné ou puni pour un délit, de quelque manière que ce soit, sans un jugement rendu par un tribunal* […] *après un procès régulier et public au cours duquel l'inculpé aura eu toute faculté de se faire entendre, ainsi que le droit d'être confronté avec les témoins de l'accusation et celui de faire comparaître obligatoirement des témoins à décharge, ainsi que de se concerter avec son conseil et d'être représenté par lui.* »[158]

La France, enfin, soumet le texte suivant : « *Article 11. […] Nul ne peut être puni si ce n'est en vertu du jugement d'un tribunal indépendant et impartial, rendu après un procès régulier et public au cours duquel l'accusé aura été entendu ou légalement appelé et aura joui des garanties nécessaires à sa défense.* »[159]

La conception matérielle américaine. Une conception matérielle des garanties à apporter à la personne poursuivie commande de faire apparaître ces garanties dès lors qu'existe la possibilité d'une atteinte suffisamment grave à ses droits fondamentaux. Cette conception est exprimée par la clause de « *due process* ». Ainsi, le Juge Black dans l'arrêt *Chambers contre Floride* en 1940 écrit-il : « [T]*he due process provision* [...] *has led few to doubt that it was intended to guarantee procedural standards adequate and appropriate, then and thereafter,*

[155] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, annexes A, B, C et D.
[156] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 10.
[157] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, pp. 19-20.
[158] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 35.
[159] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 46.

to protect, at all times[160]*, people charged with or suspected of crime by those holding positions of power and authority »*[161]

Ce souci apparaît dans le texte proposé par les Etats-Unis : « *Nul ne peut être privé de la vie ou de sa liberté personnelle ou être condamné ou puni* […] *de quelque manière que ce soit, sans un jugement rendu* […] *après un procès* […] *public.* »[162]

La conception plus formelle de la France. La proposition française paraît très proche : « *Nul ne peut être puni si ce n'est en vertu du jugement d'un tribunal* […] *rendu après un procès* […] *public… »*[163] Il s'agit cependant d'une conception plus formelle, qui assimile la notion de punition à celle de condamnation. La nuance est d'importance si on considère la manière dont la France envisage la détention provisoire, c'est-à-dire comme une mesure de sûreté ou commandée par les nécessités de l'instruction et appliquée à des personnes présumées innocentes[164]. Le texte américain, situé aux antipodes du modèle inquisitoire et fondé sur l'expérience d'un système accusatoire dans lequel la publicité est le corollaire naturel de l'oralité et du contradictoire, est d'une nature différente : la liberté est défendue en tant que telle, et de manière tout à fait indépendante du formalisme procédural. Il s'agit, comme le fera la Cour européenne des droits de l'homme bien plus tard, de s'attacher à la réalité de la procédure. Au terme de cette session, René Cassin opérera une transaction, gardant la garantie matérielle, mais faisant disparaître la protection de la liberté en tant que telle : « […] *Nul ne peut être condamné ou puni pour un délit quelconque…* »[165] La situation sera précisée par la suite lorsque *fair trial* et *habeas corpus* seront traités dans deux articles distincts du Pacte.

La première formulation du Comité de rédaction. Finalement, après avoir confié le soin de la rédaction à René Cassin, le Comité propose à la Commission des droits de l'homme cette formulation : « […] *Nul ne peut être condamné ou puni pour un délit quelconque si ce n'est en vertu du jugement d'un tribunal indépendant et impartial, rendu après un procès régulier*

---

[160] Nous soulignons.

[161] Cour suprême des Etats-Unis, *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940), La clause de due process « *a laissé peu de doute sur le fait qu'elle était destinée à garantir des normes procédurales adéquates et appropriées, donc et sur ce point, à protéger, à tout moment, les personnes inculpées ou soupçonnées de crime par ceux qui détiennent des positions de pouvoir et d'autorité* ». Nous traduisons.

[162] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 35.

[163] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 46.

[164] L'actuel article 147 du Code de procédure pénale dispose : « *Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sureté »* et lorsque une obligation de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique s'avèrent insuffisantes, la personne mise en examen peut *« à titre exceptionnel* […] *être placée en détention provisoire.* »

[165] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 60.

et public au cours duquel l'accusé aura été entendu et aura joui des garanties nécessaires à sa défense. »[166]

B. Les réserves, désaccords et oppositions au cours des travaux

Les réserves du groupe de travail. La Commission des droits de l'homme se réunit pour une deuxième session, du 2 au 17 décembre 1947 à Genève. Un groupe de travail composé des représentants des Etats-Unis, de la France, de la Biélorussie, du Panama, des Philippines et de l'URSS est chargé d'un projet de Déclaration, en présence d'un observateur du Royaume-Uni[167]. Ce groupe de travail adopte le texte suivant : « *Article 10.* […] *Nul ne sera condamné ou puni pour un crime ou autre infraction pénale si ce n'est à la suite d'un procès public où il aura joui des garanties nécessaires à sa défense et en application de la loi en vigueur au moment de l'infraction.* »[168] Le groupe de travail ajoute toutefois en commentaires ces réserves : « [Ce texte] *n'interdit pas aux tribunaux de tenir des séances à huis clos et de se faire lire des documents secrets pourvu que le jugement soit prononcé en public.* »[169]

Le premier projet de la Commission des droits de l'homme. La Commission des droits de l'homme, saisie de cette proposition, arrête un projet de déclaration internationale des droits de l'homme, dans lequel on peut lire : « *Article 7.* […] *Nul ne sera condamné ou puni pour un crime ou autre infraction pénale si ce n'est à la suite d'un procès loyal et public dans lequel il aura joui de toutes les garanties nécessaires à sa défense.* »[170]

Les désaccords du Comité. Le Comité de rédaction[171] se réunit pour une deuxième session à Lake Success du 3 au 21 mai 1948 et produit un rapport sur la « *Charte internationale des droits de l'homme* »[172]. Il comporte en annexe un « *projet de déclaration internationale des droits de l'homme* »[173]. Le Comité n'est pas parvenu à un accord au sujet d'une nouvelle rédaction qui aurait réuni dans un seul article toutes les garanties reconnues à l'individu face à

---

[166] O.N.U., Doc. E/CN.4/21, p. 60.
[167] Ce groupe de travail a tenu neuf séances dont le compte rendu figure dans : O.N.U., E/CN.4/AC.2/1 à 9.
[168] O.N.U., Doc. E/CN.4/57, p. 8.
[169] *Idem*.
[170] O.N.U., Doc E/600, Annexe A, p. 18.
[171] Composé des représentants des Etats-Unis, de la Chine, du Liban, de la France, du Royaume-Uni, de l'Australie, de l'URSS et du Chili.- O.N.U., Doc. E/383 du 27 mars 1947. *Lettre de la présidente*, 3 p.- O.N.U., Doc. E 325, Résolution du Conseil économique et social, pp. 2 et 3.
[172] O.N.U., Doc. E/CN.4/95.
[173] Annexe A.

la justice. Ce texte, rejeté par le Comité de rédaction par trois voix contre deux et deux abstentions, est tout de même transmis à la Commission en même temps que le texte élaboré à Genève. Sa formulation est la suivante : « […] *6. Toute personne accusée d'infraction doit être jugée dans un délai raisonnable, par des juridictions créées avant l'infraction, conformément à la législation antérieure et en audience publique. La disposition précédente ne fait pas obstacle au jugement et au châtiment de toute personne en raison d'actes qui, au moment où ils ont été commis, étaient criminels d'après les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.*»[174]

Un texte discuté par la Commission dans un climat de très forte tension internationale. Le projet du Comité de rédaction est soumis, article par article, à la Commission des droits de l'homme qui se réunit à Lake Success du 24 mai au 16 juin 1948[175], dans un climat de forte tension entre pays occidentaux et pays du bloc de l'Est[176]. La Guerre froide a débuté. Truman a défini l'opposition Ouest-Est comme l'affrontement de la démocratie et du totalitarisme. L'idéologie en cours sous la présidence de Roosevelt a vécu. La doctrine Truman de l'endiguement implique désormais le soutien à tout pays décidé à combattre l'expansionnisme soviétique. Des soldats français meurent en Indochine. C'est aussi dans cet esprit que les Etats-Unis sont en train de mettre en place la reconstruction économique de l'Europe, dès 1947, avec le Plan Marshall[177]. De son côté, Staline a baissé le rideau de fer sur les démocraties populaires de l'Europe de l'Est et posé les prémices du Pacte de Varsovie. La Chine connaît la guerre civile entre les communistes et le régime du *Kouo-Min-Tang*, qui vit ses derniers mois à la tête du pays. La troisième session de la Commission des droits de

---

[174] O.N.U., Doc. E/CN.4/95, pp. 5-6.

175 Comptes-rendus analytiques : O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.46 à E/CN.4/SR.81

[176] Quelques jours avant le début du blocus de Berlin, la première séance de la session est d'ailleurs marquée par un incident diplomatique : les autorités américaines ont refusé leur visa aux représentants de l'Ukraine et de la Biélorussie à la Commission des droits de l'homme, qui arriveront avec retard : O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.46.

[177] La politique de Truman était fondée sur trois axes : blocage de l'expansion communiste, consolidation de l'Europe, mise en retrait de la doctrine anticolonialiste de Roosevelt, non par virage idéologique, mais pour ne pas donner aux Soviétiques l'opportunité d'étendre leur influence à certaines zones. Pour Franklin Delano Roosevelt, l'O.N.U. devait être un moyen de remplacer le vieil ordre colonial par celui d'une organisation internationale (où les Etats-Unis auraient eu un rôle plus important à jouer). Il a énoncé une véritable doctrine de la décolonisation entre novembre 1941 et août 1942. A ce sujet : LOUIS William., *Imperialism at Bay, 1941-1945 : The United States and the Decolonization of the British Empire*, New York, Oxford University Press, 1978, chap. 8 et 9. - DULLES Foster Real, RIDINGER Gerald, « *The Anti-Colonial Policies of Franklin D. Roosevelt* », *Political Science Quarterly, 70 (1),* 1955, pp. 1-18. - Pour les arrières pensées de l'administration américaine concernant son influence dans les secteurs décolonisés : Archives Nationales des Etats-Unis (*National Archives and Records Administration*, NARA) Doc. 888.00/9-1343 *Department of State Memorandum, 13 september 1943*. - Pour les convictions anticolonialistes de Franklin Delano Roosevelt exprimées dans les documents déclassifiés par l'O.N.U. à la fin des années 1990 *:* NWAUBANI Ebere, « *The United States and the Liquidation of European Colonial Rule in Tropical Africa, 1941-1963* », *Cahiers d'études africaines*, 3/2003, n° 171, pp. 505-551.

l'homme s'ouvre le 24 mai 1948 au siège des Nations unies au milieu d'un véritable séisme politique : le 14 mai 1948, David Ben Gourion a proclamé l'indépendance de l'Etat d'Israël. Les couloirs de l'O.N.U. sont devenus l'épicentre de la diplomatie mondiale, alors que la guerre de Palestine, débutée fin 1947, se transforme en un conflit entre plusieurs pays arabes et Israël. Ces évènements, dans lesquels sont étroitement impliqués le Royaume-Uni, les Etats-Unis, l'U.R.S.S. et l'O.N.U, vont évidemment perturber les travaux de la Commission des droits de l'homme, et tendre encore davantage les rapports entre ses membres à un moment crucial de l'élaboration de la déclaration. Dans un document secret adressé à son ministère des affaires étrangères, Valentin Tepliakov, le représentant soviétique décrit ainsi dès mars 1947, la Commission : des représentants des Philippines, de l'Uruguay, du Liban, de l'Egypte et de l'Iran qui suivent aveuglément les Etats-Unis même s'ils prétendent défendre leur propre point de vue ; un représentant anglais qui développe parfois des idées intéressantes mais qui au final vote toujours avec les Etats-Unis ; une représentante indienne souvent indécise et qui se retrouve parfois à voter avec l'U.R.S.S. ; un représentant australien, le colonel Hodgson, qui partage souvent le point de vue soviétique ; un représentant chinois qui se présente comme indépendant mais qui soutient souvent les Etats-Unis ou s'abstient en cas de désaccord entre les Etats-Unis et l'U.R.S.S.; et un représentant français, René Cassin, que Valentin Tepliakov distingue pour ses efforts constants dans la recherche d'un compromis entre les Etats Unis et l'Union soviétique[178]. L'U.R.S.S. peut compter sur le soutien des représentants de l'Ukraine, de la Biélorussie et de la Yougoslavie. Pour la troisième session de la Commission des droits de l'homme, cette situation est exacerbée. Les Soviétiques apprécient peu la tournure que prennent les travaux : le bloc de l'Est, aussi qualifié de « *bloc slave* », est minoritaire. Il est évident, désormais, que la Déclaration ne se dirige pas vers des droits de l'homme protégés par les seuls Etats comme le demandaient les Soviétiques, mais plutôt vers une protection dont seraient chargés des groupes supranationaux. L'U.R.S.S. voit surtout dans cette option une possibilité d'ingérence des Etats-Unis dans les affaires des Etats communistes. Pour cette troisième session les Soviétiques ont donc remplacé Valentin Tepliakov par Alexandrei Pavlov, un négociateur pugnace. Pavlov[179] va se révéler très actif.

[178] TEPLIAKOV Valentin, « Rapport sur les travaux de la Commission des droits de l'homme », 2 mars 1947, Moscou, Centre russe pour les documents sur l'histoire moderne, Département des Nations unies, Index 2a, Classeur 7a, 1-17. Ce document est rapporté et cité par Mme la Professeure Glendon in GLENDON M.-A, *A World Made New*, *op.cit.*, p. 46.
[179] Qui était le neveu d'Ivan Pavlov, Prix Nobel de médecine.

L'opposition anglaise à la publicité. D'entrée, le Royaume-Uni et l'Inde interviennent conjointement pour déposer une « *proposition d'amendements au projet de déclaration des droits de l'homme* »[180], qui tend à une véritable réécriture du projet de déclaration. Dans ce projet, l'article 7 devient : « *Toute personne a le droit de faire entendre sa cause en toute équité par un tribunal impartial, pour la détermination de ses droits et obligations, ou du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Et l'article 8 se résume à : « *Nul ne peut être tenu pour coupable d'une infraction en raison d'actes ou d'omissions qui ne constituaient pas une infraction au moment où ils ont été commis. Nul ne sera soumis à la torture, à des peines cruelles ou inhumaines ou à des traitements dégradants* ». Le principe de la publicité des débats et même du prononcé de la décision a purement et simplement disparu de ce projet, tout comme le principe de la présomption d'innocence, celui des droits de la défense et celui de la non-rétroactivité de la loi pénale pour les infractions ne relevant pas des crimes contre l'humanité[181]. Cette position du représentant du pays de Jeremy Bentham et William Blackstone est d'autant plus surprenante qu'elle vient contredire les principes énoncés par l'Angleterre elle-même, un an plus tôt, dans une lettre adressée au secrétaire général des Nations unies[182]. Lord Dukeston y détaillait alors la proposition de son pays pour un projet de résolution à adopter par l'assemblée générale des Nations unies en même temps que la déclaration des droits de l'homme. Ce projet britannique de résolution indiquait : « *…les droits et les libertés fondamentales ne peuvent être complètement garantis que par l'application du droit […] et que dans tous les procès les droits de la défense soient scrupuleusement reconnus, y compris le droit, pour l'inculpé, d'être jugé publiquement et d'être réputé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie.* »[183]

Une position anglaise déterminée par la question coloniale. L'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme, paraît surdéterminée par les stratégies diplomatiques des Etats. Ces dernières peuvent, aujourd'hui, être mieux comprises grâce à la déclassification de documents des affaires étrangères russes, du gouvernement britannique et de la CIA. Conformément à une stratégie adoptée par l'Union soviétique depuis alors plus de dix-huit

[180] O.N.U., Doc. E/CN.4/99 du 24 mai 1948. Original en anglais.
[181] Selon la formulation « *actes qui* […] *étaient criminels d'après les principes généraux du droit reconnu par les nations civilisées* » dégagée du procès de Nuremberg.
[182] O.N.U., Doc. E/CN.4/AC.1/4, « Lettre du 12 juin 1947 de Lord Dukeston, représentant du Royaume-Uni à la Commission des droits de l'homme ».
[183] *Ibid*., pp. 3-4.

mois[184], Pavlov va trouver dans le sujet de la publicité des débats judiciaires une prise pour toucher le Royaume-Uni là où il est le plus sensible : la question coloniale. Les instructions du Politburo adressées à Alexei Pavlov[185] indiquaient qu'il devait mener les discussions en gardant comme principe l'article 123 de la constitution de l'URSS de 1936, qui indiquait : « *L'égalité en droits des citoyens de l'URSS sans distinction de nationalité et de race, dans tous les domaines de la vie économique, publique, culturelle, sociale, et politique est une loi immuable. Toute restriction directe ou indirecte aux droits, ou inversement, l'établissement de privilèges directs ou indirects pour les citoyens selon la race et la nationalité à laquelle ils appartiennent, de même que toute propagande d'exclusivisme ou de haine et de dédain racial ou national, sont punis par la loi* ». A mesure que les documents secrets de cette époque deviennent publics, il apparaît de plus en plus nettement que la question coloniale était centrale dans les préoccupations de la Grande-Bretagne[186], aussi bien lors des discussions à Lake Success que, plus tard, lors des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme. Si à New York, le représentant anglais débat d'un modèle universel de procès équitable[187], dans le même temps le gouvernement britannique maintient dans ses

---

[184] Dès juillet 1946, la CIA avait remarqué que la propagande soviétique concentrait ses attaques sur le Royaume-Uni, et principalement sur la manière dont ce pays administrait ses territoires coloniaux : « *Britain is criticized more severely than the US, with regard to occupation policies, tretay drafting, and reparations questions. In addition British policies with respect to Spain, Greece, the Middle east and colonial issues are heavily attacked* », . Document de la CIA, déclassifié, du 23 juillet 1946 : « *Analysis of soviet foreign propaganda broadcasts* », p.2. Ces archives de la CIA sont accessibles en ligne à partir du site Internet de la *Central Intelligence Agency* : www.cia.gov

[185] *Politburo*, « Directives du *Politburo* du Comité central du Parti communiste de l'Union soviétique, approuvées le 24 avril 1948 », Moscou, archives des affaires étrangères russes, Fonds A. Vichinsky, index 21-b, chemise 48, dossiers 37, 90-92, 146-147. Ces documents, déclassifiés à partir de 1999, sont rapportés et cités par Mme la professeure Glendon, *A World Made new, op. cit.*, p. 111.

[186] Cabinet du Premier ministre britannique, « *United Nations General Assembly 1947- The Colonial Question, Memorandum by the Secretary of State for the Colonies* », 30 janvier 1948, déclassifié, Archives nationales anglaises (*The National Archives*, N.A.), CAB/129/24. Dès 1947, J.S. Bennett, du Colonial Office, avait exprimé la crainte que la Déclaration des droits de l'homme devienne un moyen pour les Nations unies de superviser l'administration coloniale britannique : N.A., Doc. CO/936/5/5 : *« we shall expose our colonial flank* ».

[187] En prenant soin que le texte ne porte pas atteinte aux intérêts britanniques. Nous savons aujourd'hui que, dans le choix des représentants anglais, leur loyauté présumée aux intérêts du ministère des Affaires étrangères britanniques était plus importante que leur compétence juridique. Ainsi, l'un des spécialistes mondiaux de droit international, l'Anglais (naturalisé en 1931) Hersch Lauterpacht, professeur de droit à Cambridge, a-t-il été écarté, fin 1946, pour siéger à la Commission des droits de l'homme de l'O.N.U. en raison des considérations suivantes exprimées par Erick Beckett, le chef du service juridique du Foreign Office: « *Le professeur Lauterpacht, bien qu'il soit un professeur éminent et un avocat international des plus actifs, n'est tout compte fait qu'un juif récemment immigré de Vienne. Il importe, me semble-t-il, que le représentant* [du Gouvernement de sa Majesté] *dans le domaine des droits de l'homme soit un authentique gentleman anglais, dont la vie et l'héritage sont imprégnés du sens véritable des droits de l'homme tels que nous les concevons dans ce pays* » (Nous traduisons). Archives du Foreign Office, N.A., Doc. FO/371/59740/UN2029 : « *Professor Lauterpacht, though a distinguished and industrious international lawyer, is, when all is said and done, a Jew recently come from Vienna. Emphatically, I think that the representative of H.M.G. on human rights must be a very English Englishman imbued throughout his life and hereditary to the real meaning of human rights as we understand this in this country* ». Cet épisode est détaillé in SIMPSON Alfred, *Human Rights and the end of empire*, Oxford University Press, 2004, p. 350.

colonies, un système légal qui dénie à une partie de la population indigène des garanties de ce type[188]. Dans certains territoires britanniques, à cette époque, il est encore possible pour les administrateurs coloniaux de bannir, déporter, arrêter et détenir sans contrôle judiciaire[189]. Toutefois, la contradiction entre des règles présentées comme universelles et la réalité de l'administration coloniale ne concernait pas que le Royaume-Uni. Abolissant l'esclavage en 1848, la Seconde République n'avait pas du tout appliqué à ses colonies les principes d'égalité proclamées dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ainsi, l'article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848 énonçait des dispositions particulières, qui avaient permis l'instauration d'une justice répressive *« spéciale »*, appliquant aux indigènes des peines particulières pour des infractions qui leur étaient propres. Cette administration se trouvait principalement exercée par une autorité administrative qui avait transposé dans l'action civile les caractéristiques de l'état d'urgence militaire. Les pouvoirs exceptionnels qui lui étaient conférés permettaient d'interner, de déporter et d'assigner à résidence sans publicité, contradiction ni droits de la défense. La IIIe République, par une loi du 28 juin 1881, valida ces dispositions qui ne furent abolies qu'après la Seconde Guerre mondiale[190]. Deuxième puissance coloniale mondiale après le Royaume-Uni, la France ne demanda cependant jamais, ni dans les travaux préparatoires de la Commission des droits de l'homme de l'O.N.U., ni dans ceux de la Convention européenne des droits de l'homme, la rédaction d'une clause permettant de ne pas rendre applicables ces textes dans ses colonies[191]. Une telle clause était aux antipodes des convictions de René Cassin[192], dont l'action a permis de remplacer l'adjectif « *international* » par « *universel* » dans la Déclaration de 1948. Pendant toute la durée des discussions au sujet de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'Angleterre va se révéler un adversaire résolu d'un modèle proclamant la publicité des débats judiciaires d'une manière universelle, et s'appliquant, donc, à ses colonies.

---

[188] En novembre 1947, un mémorandum britannique des Affaires étrangères dressait un état de la situation au sujet de la discrimination contre les minorités dans les territoires coloniaux : *N.A., « A Memorandum on Discrimination against Minorities in Colonial Territories by the Colonial Office for the Working Party on the Subject »*, 24 nov 1947, FO 371/67609/UNE2326 IOC (DM) (47)

[189] Cette contradiction entre la loi anglaise dans ses colonies et les garanties pouvant découler de la Déclaration internationales des droits de l'homme en discussion aux Nations unies n'avait pas échappé au cabinet du Premier ministre britannique, comme en attestent plusieurs documents, aujourd'hui déclassifiés, datant de 1947 et 1948 : N.A., CAB 134/423 IOC (HR) (48) ; FO 371/72799 et CAB 134/385 Annex F to IOC (47) 246.

[190] Le régime de l'indigénat avait été établi, en 1881, pour une période de sept ans.

190 La Belgique s'est abstenue de la même façon. Pour la position française : GONIDEC Pierre-François b, *«* Les D.O.M et les T.O.M. devant la Convention *»*, *Revue des droits de l'homme*, 3 (1970), pp. 670-686. – Il est à noter, toutefois, que la France mettra beaucoup de temps à ratifier la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte de l'O.N.U., et que ces ratifications n'interviendront qu'une fois terminés les conflits dans lesquelles la France était impliquée sur le sol de ses anciennes colonies.

[192] Pour qui, le monde se construisant après la victoire alliée a été « *le point de départ d'un immense mouvement constructif répondant aux aspirations et aux besoins des populations de la terre* ». CASSIN René, « Droits de l'homme et méthode comparative (1) *»*, *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n° 3, p. 449.

Nous verrons plus tard, qu'elle n'aura pas du tout ces réticences à Strasbourg, lors de l'élaboration du texte de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'une « *clause coloniale* » écartera ces garanties pour les populations indigènes des colonies anglaises.

§ 2. L'affirmation du caractère fondamental de la publicité de l'audience pénale

La publicité, droit fondamental ou simple droit dérivé ? La proposition d'amendements anglo-indienne est soumise à la discussion de la Commission lors de sa réunion du 1er juin 1948. Deux thèses s'affrontent assez rapidement. Wilson, le représentant du Royaume-Uni, estime que « *la Déclaration doit affirmer le principe en cause, mais n'a pas à traiter son application.* »[193]. La Déclaration doit « *être aussi simple que possible* »[194], car elle doit fournir « *une base importante pour l'enseignement, l'éducation et la propagande* ». Face à lui, Pavlov, représentant de l'U.R.S.S., estime au contraire que « *la simplicité ne peut être portée trop loin* » au risque de ne renfermer « *aucune garantie efficace* »[195]. Cette différence entre Déclaration et Pacte a également été abordée par René Cassin, pour qui « *l'énumération des droits et la désignation des débiteurs entrent dans le cadre de la Déclaration ; mais la délimitation des droits doit intervenir dans un document séparé, le Pacte, qui aura une mission juridique beaucoup plus détaillée et beaucoup plus précise à remplir.* »[196] Parmi les droits traditionnellement établis à insérer dans la Déclaration, selon Cassin, figurent « *ceux qui se rattachent aux notions de liberté, liberté corporelle, liberté d'opinion, d'association* » ainsi que ceux *« qui ont été dégagés par les constitutions nationales et qui appartiennent à la tradition des peuples.* »[197] Le représentant du Liban, M. Azkoul, aborde cette distinction d'une manière un peu différente. Pour lui, « *La Déclaration sera la proclamation et l'énumération des droits que la raison humaine, à ce stade du développement de la société, estime inséparables de la notion de personne humaine. Le Pacte, par contre, procède de la volonté des Etats ; ses dispositions ne seront pas tellement déterminées par la raison que par des nécessités d'ordre pratique.* »[198] La question se pose donc rapidement de savoir si la publicité du procès pénal est un droit fondamental qui a sa place dans la Déclaration, ou une

---

[193] Compte-rendu de la réunion du mardi 1er juin 1948, à 14 h 30. O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.54, p. 6. Il est vrai que les Anglais n'ont jamais proposé un projet de déclaration des droits de l'homme dans lequel le principe de la publicité des débats judiciaire était explicite.
194 De ce point de vue, le représentant anglais se fait le porte-parole d'une opinion alors assez largement répandue au sein des gouvernements dont les pays appartenant à l'O.N.U.
[195] *Ibid.*, p. 5.
[196] Compte-rendu de la réunion du mercredi 26 mai 1948, O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.48, pp. 7-8. Original en français.
[197] *Ibid.*, p. 7.
[198] *Ibid.*, p. 10.

simple application pratique d'un principe, mais pas un principe fondamental en soi, dont l'organisation relève du Pacte.

Plan. Au terme d'un processus de rédaction parfois tendu entre défenseurs et opposants du principe de la publicité des audiences judiciaires comme droit fondamental, l'Assemblée générale des Nations unies va finalement l'insérer dans la Déclaration de 1948 (A). Par ailleurs, les travaux relatifs à la formulation du droit à une audience publique dans le Pacte vont se révéler déterminants, puisqu'ils inspireront, quelques mois plus tard, la rédaction de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, au cœur duquel la publicité des audiences en matière pénale est proclamée (B).

A. Un principe affirmé par la Déclaration universelle des droits de l'homme

La médiation de René Cassin. Rapidement, ce 1er juin 1948, la Chine se range derrière le Royaume-Uni et l'Inde pour soutenir une version très allégée du droit à un procès équitable[199]. René Cassin, qui se révèle au cours de cette séance un véritable pont entre les blocs antagonistes, temporise[200]. Les représentants des pays de l'Est s'emparent du sujet, dans une ambiance tendue, face aux pays anglo-saxons. Alexei Pavlov fait remarquer que l'amendement de l'Inde et du Royaume-Uni oublie la plupart des principes les plus importants en matière judiciaire. Le professeur Pavlov propose donc à la place, un amendement soviétique[201], déjà soutenu précédemment et ainsi rédigé : « *1. Tous les individus sont égaux devant la justice. Les juges doivent être indépendants et n'être soumis qu'aux lois. Dans tous les pays, la procédure judiciaire doit être fondée sur les principes démocratiques. Dans tous les tribunaux l'audience des affaires doit être publique, sous réserve des exceptions prescrites par la loi pour la protection de la morale publique et de la sécurité nationale et le droit de défense doit être garanti à l'accusé* ». Un deuxième alinéa garantit la possibilité pour l'accusé de « *suivre les débats et de se défendre dans sa langue maternelle* ». Les représentants des pays communistes reprochent aux amendements anglais d'être ceux d'un pays colonisateur, ne garantissant pas l'égalité entre les êtres humains. Ainsi, le représentant de l'U.R.S.S. insiste-t-il à plusieurs reprises sur la différence qui existe dans son esprit, entre l'égalité

[199] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.54, p.8. Original en anglais.
[200] *Ibid*., pp. 8-9.
[201] O.N.U., E/CN.4/95, p 31. Original en anglais.

devant la loi et l'égalité devant la justice, déclarant pouvoir « *citer de nombreux exemples pour montrer que souvent les Blancs et les personnes de couleur sont égaux devant la loi en théorie, mais que ce principe n'est certainement pas appliqué par les tribunaux* »[202] ou encore que « *dans l'histoire coloniale le principe de l'égalité devant la loi n'a pas toujours signifié égalité devant la justice* »[203], avant de défendre son amendement « *qui ne laisse aucune place à des interprétations différentes auxquelles le projet de la Chine, de l'Inde et du Royaume-Uni pourrait donner lieu* »[204]. Eleanor Roosevelt répond qu'une majorité se dégage pour estimer que les « *stipulations détaillées* » qui font l'objet du débat doivent se trouver dans le Pacte et non dans la Déclaration[205]. La Commission rejette l'amendement soviétique. René Cassin intervient alors pour insérer le terme « *en toute égalité* » à la place d'une référence à l'égalité devant la loi ou devant la justice, et pour faire réaffirmer par le texte le caractère indépendant des tribunaux[206]. Il est suivi par la Commission. Le représentant anglais, Wilson, estime utile d'expliquer que la présomption d'innocence ne figure pas dans son amendement, car *« la présomption d'innocence de l'accusé est sujette à de fréquentes variations au cours du procès.* »[207] Sa curieuse remarque l'expose à une réponse immédiate du représentant du régime dirigé par Joseph Staline, qui a beau jeu de faire remarquer à son collègue anglais que *« toute personne est innocente jusqu'à preuve du contraire.* »[208] L'intervention de René Cassin est plutôt favorable au Soviétique. Le représentant français, réintroduit le principe de publicité, en estimant que les droits fondamentaux à retenir en matière de procédure pénale sont : « *innocence jusqu'à preuve du contraire, procès public, garantie du droit de défense, non-rétroactivité des lois et des sanctions et la non-application de ces droits dans le cas de criminels de guerre.* »[209] Rien n'est cependant tranché. La décision est prise de confier à un sous-comité de rédaction la charge de donner une nouvelle forme à cet article, sur lequel aucun accord ne semble pouvoir se faire. La présidente y nomme les représentants du Royaume-Uni, de l'Inde, de la France, de la Chine et de la Yougoslavie[210].

Un sous-comité de rédaction partagé. La proposition de ce sous-comité est débattue dès le lendemain. Les cinq représentants proposent cette formule : « *1 Toute personne accusée est*

---

[202] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.54, p. 10.
[203] *Ibid.*, p. 11.
[204] *Ibid.*, p. 12.
[205] *Ibid.*, p. 12.
[206] *Ibid.*, p. 13.
[207] *Ibid.*, pp.15-16.
[208] *Ibid.*, p. 16.
[209] *Ibid.*, p. 18.
[210] *Ibid.*, p. 19.

présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie (dans un procès public où elle aura eu toutes les garanties nécessaires à sa défense)[211]. » C'est Chang, le représentant chinois, qui s'explique tout de suite sur la forme inhabituelle de cette proposition : « *le membre de phrase « dans un procès public où elle aura eu toutes les garanties nécessaires à sa défense » a été placé entre parenthèses pour indiquer qu'il y a eu partage d'opinions au sein du comité au sujet de cette phrase* »[212]. Il demande à la Commission de se prononcer d'abord sur cette question.

L'inscription du principe dans la Déclaration sauvée par une alliance franco-soviétique. Alexei Pavlov souligne alors que « *quoique le principe de la publicité des débats judiciaires soit un principe progressif et démocratique, il n'est pas toujours possible de l'appliquer. Il est en effet des cas où, dans l'intérêt de la moralité publique ou de la sécurité nationale, il est nécessaire d'administrer la justice à huis clos* ». Pour le représentant de l'U.R.S.S., donc, la Déclaration doit affirmer le principe de la publicité des débats mais aussi ses limites. Il soulève aussi une maladresse de rédaction en soulignant qu'en l'état du texte celui-ci ne garantit les droits à la défense de l'accusé qu'en cas de procès public, ce qui laisse entendre qu'il n'en serait pas de même en cas de huis clos[213]. Vilfan, représentant de la Yougoslavie, rapporte l'avis du sous-comité en expliquant que *« les cas où il est impossible d'administrer publiquement la justice sont couverts par des réserves contenues à l'article 2 de la déclaration*[214] ». Wilson, pour le Royaume-Uni, estime que la formulation entre parenthèses ne garantit pas un procès conduit équitablement. Il se prononce donc contre, d'autant qu'il lui paraît qu'énoncer des exceptions aux principes n'est pas dans l'esprit de la Déclaration[215]. Le représentant britannique reçoit le soutien de Loufti, représentant de l'Egypte, qui ajoute que si « *la Commission décidait de conserver le membre de phrase entre parenthèses, il y aurait lieu de supprimer le mot « public », car, en le maintenant, la Commission consacrerait un principe en contradiction avec les codes de plusieurs pays.* »[216] Là encore, c'est le représentant soviétique qui s'oppose à la volonté anglaise en soulignant *« l'importance du principe de la publicité des débats, qui assure à l'accusé, par le contrôle de l'opinion*

[211] Compte-rendu analytique de la cinquante-cinquième séance, du mercredi 2 juin 1948 à 11 h. O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.55, p. 14. Original en français.
[212] *Ibid.*, p. 15.
[213] *Ibid.*, p. 16.
[214] L'article 2 du projet de Déclaration est alors ainsi rédigé : « *Les droits de chacun sont limités par ceux d'autrui et par les justes exigences de l'Etat démocratique…* », O.N.U., Doc. E/CN.4/95, p 4.
[215] *Ibid.*, p. 17.
[216] *Ibid.*, p. 17.

publique, une plus grande garantie de la manière équitable dont il sera jugé. »[217] René Cassin propose alors une formulation : « *Toute personne accusée d'un délit*[218] *est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie dans un procès public…* » Le représentant français explique que ce texte paraît être un juste milieu entre ceux qui veulent raccourcir les termes de la Déclaration au point d'en sacrifier les principes essentiels, et ceux qui sont partisans d'ajouter des détails qui auraient davantage leur place dans le Pacte. Il soutient l'adoption des termes placés entre parenthèses soulignant que *« le droit pénal a malheureusement donné lieu à trop d'abus pour que l'on puisse se permettre d'éviter de préciser que l'accusé a droit aux garanties nécessaires à sa défense »*. La Commission, par huit voix contre six et deux abstentions, décide cependant de supprimer du projet de déclaration le membre de phrase garantissant le principe de la publicité des débats judiciaires. La publicité écartée, la commission semble prête à passer au point suivant, mais Alexei Pavlov refuse cette décision. Il durcit son propos et déclare, avec solennité, à la présidente proposer formellement un amendement qui réintroduit le principe de la publicité des débats judiciaires en faisant se terminer le paragraphe ainsi : « *… dans un procès public, sauf dans les cas prévus par la loi dans l'intérêt de la moralité publique ou de la sécurité nationale, et dans des conditions lui assurant dans tous les cas les garanties nécessaires à sa défense.*»[219] Il est soutenu par René Cassin, qui propose une variante : « *… dans un procès où elle aura eu toutes les garanties nécessaires à sa défense. Le procès sera public sauf dans les cas exceptionnels motivés par les exigences de la moralité publique ou de la sécurité nationale.* »[220] La présidente lève la séance en demandant aux représentants de la France, de l'URSS et du Liban de se réunir pendant l'heure du déjeuner, afin d'être capables de proposer, pour la réunion de l'après-midi, un projet de rédaction conjoint du premier paragraphe de l'article 8[221].

Le sous-comité de rédaction réintroduit le principe de publicité. L'après-midi du 2 juin 1948, le sous-comité de rédaction propose le texte suivant : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été prouvée au cours d'un procès, dans lequel elle aura joui de toutes les garanties nécessaires à sa défense. Les procès seront publics, sous réserve de certaines exceptions faites dans l'intérêt de la moralité*

[217] *Ibid*., p. 17.
[218] Il a ajouté le terme « *délit* » à la demande du représentant anglais, qui estimait que la simple référence à un « *accusé* » ne suffisait pas.
[219] *Ibid*., p. 18.
[220] *Ibid*., pp. 18-19.
[221] *Ibid*., p. 19.

ou de la sécurité publiques.»[222] Le fait d'introduire des exceptions dans la Déclaration pose un problème à Eleanor Roosevelt. Elle s'y déclare opposée par principe, et souligne que si l'ajout d'exceptions devait être retenu, celles-ci sont plus nombreuses que les deux évoquées par le texte. Cependant, le membre de phrase « *les procès seront publics* » est adopté par dix voix pour, une voix contre et cinq abstentions. L'ajout des deux exceptions au principe est accepté par sept voix pour, quatre voix contre et cinq abstentions [223].

La publicité associée aux droits de la défense. Cette partie de la déclaration va être remaniée dans la phase finale de réécriture. Transmise au conseil économique et social des Nations unies, le « *projet de déclaration internationale des droits de l'homme* »[224] traite de l'indépendance de la justice et du droit d'accès aux tribunaux dans un article 8 ainsi rédigé : « *Toute personne a le droit, en toute égalité, de faire entendre sa cause équitablement par un tribunal indépendant et impartial, pour la détermination de ses droits et obligations en matière civile, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale prononcée contre elle.* » Cet article ne traitant pas spécifiquement de la matière pénale, la garantie de la publicité n'apparaît plus. Le principe de la publicité figure, toutefois, dans l'article suivant, qui traite de la présomption d'innocence et des droits de la défense en matière pénale, association conforme à l'opinion exprimée par René Cassin lors des travaux. L'article 9-1 du projet de déclaration internationale des droits de l'homme est ainsi formulé : « *Toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit juridiquement établie dans un procès public où lui auront été assurées toutes les garanties nécessaires à sa défense* ». Le principe de la publicité de la phase décisoire en matière pénale est inscrit dans le projet de déclaration, mais, comme Eleanor Roosevelt le demandait, les exceptions au principe introduites dans le texte de la commission n'ont pas été retenues.

La publicité associée à la qualité du tribunal. Un nouveau débat au sujet de cet article débute devant la troisième commission de l'Assemblée générale des Nations unies réunie au Palais Chaillot à Paris. Le représentant de l'Union soviétique prend la parole pour souligner que plusieurs principes fondamentaux doivent être ajoutés dans cet article, et notamment « *la question très importante de l'audience publique des affaires* »[225]. Il est soutenu par le représentant de Cuba, Pérez Cisneros, qui demande que soit ajouté le terme *« et*

[222] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.56, p. 3.
[223] Le détail des votes ne figure pas dans le compte-rendu officiel de la réunion.
[224] O.N.U., Doc. E/800.
[225] O.N.U., Doc. A/C.3/SR.115, p. 258.

publiquement » avant « *par un tribunal* »[226]. Santa Cruz, pour le Chili *« voudrait que la délégation de Cuba retire l'amendement selon lequel les procès doivent être publics, car l'article 9 du texte primitif couvre déjà ce point.* »[227] Cette dernière affirmation, nous l'avons vu, est erronée : l'article 9 ne concerne que les tribunaux pénaux, alors que l'article 8, que Cuba veut modifier, concerne aussi les autres juridictions. Eleanor Roosevelt est constante dans son raisonnement. Elle estime que cette question de la publicité relève du Pacte et non de la Déclaration[228]. Pavlov lui répond qu'il est important qu'il soit fait mention dans la Déclaration de la procédure judiciaire générale utilisée devant *« des tribunaux de toutes sortes* », car « [l]*a déclaration aura une valeur universelle, tandis que le pacte ne liera que ses signataires* »[229]. Il demande un vote séparé sur cette question. La proposition soviétique, qui englobait plusieurs garanties, est rejetée, mais l'amendement de Cuba visant à rajouter le terme « *et publiquement* » dans l'article 8 est très largement adoptée par 22 voix pour, zéro contre et neuf abstentions[230]. Le texte final sera : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendu équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* » Il s'inscrira comme l'article 10 de la Déclaration. L'ancien article 9 deviendra l'article 11 dans la version finale. Il a subi des retouches de forme, mais la question de la publicité n'a pas été remise en cause : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* »[231].

B. Un principe affirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Donner une force obligatoire au principe : le Pacte. N'ayant pu aboutir, faute de temps, à un accord sur un projet de Pacte lors de sa troisième session, la Commission des droits de l'homme, revient sur le sujet après le vote, par l'Assemblée générale, de la Résolution relative à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dans sa partie E, la résolution dans

[226] *Ibid*., p. 259.
[227] *Ibid*., p 259.
[228] *Ibid*., p. 260.
[229] *Ibid*., p. 262.
[230] *Ibid*., p. 263.
[231] Les articles 10 et 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 par 48 voix pour, aucune contre et huit abstentions : O.N.U., Résolution 217 A (III).

laquelle figure la Déclaration universelle[232], invitait « *le Conseil économique et social à demander à la Commission des droits de l'homme de continuer à donner la priorité dans son plan de travail, à la préparation d'un projet de pacte relatif aux droits de l'homme et à l'élaboration des mesures de mise en œuvre* ». Un document de février 1950 nous renseigne sur l'esprit qui animait alors les Nations unies à ce sujet : « *Cette résolution était une suite naturelle et indispensable à l'importante proclamation qui venait d'être votée. La Déclaration universelle des droits de l'homme n'est en effet, qu'une affirmation solennelle de principes qui n'a pas, comme telle, force obligatoire en droit positif. Le Pacte doit, par contre, constituer l'instrument par lequel les Etats assumeraient des obligations juridiques ; il est destiné à reprendre ceux des principes de la Déclaration qui seraient jugés aptes à revêtir la forme de règles précises et à en réglementer l'application par les Etats. En fait, Pacte et Déclaration avaient été liés intimement au cours des travaux préliminaires de la Commission des droits de l'homme qui avait mené de front l'élaboration des deux projets. La déclaration, s'imposant à la conscience des hommes, devait inspirer et justifier les normes juridiques du Pacte ; le Pacte, liant les Etats, devait intégrer dans la pratique du droit, les principes de la déclaration.* »[233]

Une obligation de résultat pour les travaux de la cinquième session de la Commission. La cinquième session de la Commission des droits de l'homme[234] s'ouvre le lundi 9 mai 1949 au siège provisoire des Nations unies, à Lake Success, à New York, dans un climat de relative urgence, comme le rapporte sa présidente, Eleanor Roosevelt, qui explique dans un texte publié le 20 mai 1949 que ce Pacte devait être rédigé pour la session suivante de l'Assemblée générale des Nations unies, prévue à l'automne 1950[235]. Les membres de la Commission

---

[232] O.N.U., Résolution 217 A (III).

[233] Conseil exécutif de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture à Paris : O.N.U., Doc. 19 EX/44, 17 février 1950, p. 1.

[234] Alors composée comme suit : Présidente, Mme Roosevelt, Vice présidents, MM. Chang (Chine) et Cassin (France). Rapporteur, M. Malik (Liban). Membres : MM. Hood (Australie), Lebeau (Belgique), Sagues (Chili), Soerensen (Danemark), Loutfti (Egypte), Garcia Bauer (Guatemala), Mme Hansa Mahta (Inde), MM. Entezam (Iran), Inglès (Philippines), Kovalenko (République socialiste soviétique d'Ukraine), Pavlov (URSS), Mlle Bowie (Royaume-Uni), MM. Mora (Uruguay), Vilfan (Yougoslavie).

235 A la date du 20 mai 1949, Mme Roosevelt écrit dans son journal : « *It seems to be fairly well decided that we must try to write a Covenant and have it ready for presentation to the General Assembly in the autumn of 1950* ». On retrouve la même idée d'urgence dans un texte de Mme Roosevelt publié le 1er juin 1949 : « *We went back to work this morning at Lake Success. The first of June is here and that leaves us only twenty-one days to finish all the work that lies ahead. I hope we can move very quickly toward complexion of this first draft of the Covenant so that we can have before the next meeting of the Human Rights Commission the benefit of comments from all governments* ». Mme Eleanor Roosevelt, épouse puis veuve du président américain F. D. Roosevelt décédé en 1945, entretenait un lien particulier avec le peuple américain. Elle présente ainsi la particularité d'avoir écrit, six fois par semaine, entre 1935 et 1962, un éditorial quotidien publié par plusieurs journaux des Etats-Unis affiliés au *United Features Syndicate Inc.*. Une partie de ces textes a été republiée en

décident donc « *d'achever le projet de pacte relatif aux droits de l'homme et à l'élaboration des mesures de mise en œuvre* », afin que le Secrétaire général de l'O.N.U. puisse transmettre ce projet aux gouvernements, ceux-ci devant faire connaître leurs observations pour le 1er janvier 1950 au plus tard[236]. Un projet définitif de Pacte sera donc arrêté au cours de cette cinquième session, qui comptera 52 séances plénières[237] et terminera ses travaux le 20 juin 1949. Plusieurs propositions de rédaction sont en concurrence.

La proposition du Comité de rédaction. La Commission[238] prend comme base de discussion le texte du Comité de rédaction qui n'avait pas pu être discuté lors de sa troisième session[239]. Concernant le principe du procès équitable, le Comité de rédaction avait proposé un article 13, rédigé de la manière suivante[240] :

« 1. *Tout individu a le droit de faire entendre sa cause par un tribunal indépendant et impartial pour faire statuer sur les accusations pénales portées contre lui ou sur ses droits et obligations civils* ».

« 2. *Lorsqu'il s'agit de statuer sur les accusations pénales portées contre lui, tout individu a droit :*

« *(a) : A un jugement public, encore que la presse et le public puissent être exclus de la totalité ou d'une partie des audiences, sauf lors du prononcé du jugement, pour des considérations de sécurité ou de morale, ou lorsque le maintien de l'ordre dans le prétoire l'exige. Exception peut être faite dans l'intérêt des mineurs* ».

La proposition de l'URSS. L'Union soviétique, de son côté, propose : « *Dans tous les tribunaux l'audience des affaires doit être publique, sous réserve des exceptions prescrites par la loi pour la protection de la morale publique et de la sécurité nationale …* »[241]

2001 in : ROOSEVELT Eleanor, *My Day : The best of Eleanor Roosevelt's acclaimed newspaper columns, 1936-1962*, New York, Da Capo Press, 2001, 336 p. Ces billets sont proposés par la Fondation The Eleanor Roosevelt Project, à l'adresse électronique http://www.gwu.edu/~erpapers/myday/. C'est de cette source que sont tirées les citations de Mme Roosevelt présentées dans cette note.

236 O.N.U., Doc. E/CN.4/350, pp. 13 et 14.

237 O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.83 à E/CN.4/SR135.

238 La Commission des droits de l'homme était ainsi composée pour la cinquième session ; Président, Mme Roosevelt, Vice présidents, MM. Chang (Chine) et Cassin (France). Rapporteur, M. Malik (Liban). Membres : MM. Hood (Australie), Lebeau (Belgique), Sagues (Chili), Soerensen (Danemark), Loutfti (Egypte), Garcia Bauer (Guatemala), Mme Hansa Mahta (Inde), MM. Entezam (Iran), Inglès (Philippines), Kovalenko (République socialiste soviétique d'Ukraine), Pavlov (URSS), Mlle Bowie (Royaume-Uni), M. Mora (Uruguay), Vilfan (Yougoslavie).

239 Ce texte se trouve dans O.N.U., Doc. E/800

240 O.N.U., Doc. E/800, p. 30.

241 *Ibid.*, p. 31.

La proposition des Etats-Unis. Les Etats-Unis défendent le texte suivant :

« *Nul ne peut se voir refuser le droit de faire entendre sa cause équitablement par un tribunal indépendant et impartial qui statuera sur les accusations pénales portées contre lui ou sur ses droits et obligations* ».

« *Nul ne peut être reconnu coupable ou puni pour infraction pénale si ce n'est après jugement public rendu dans un délai raisonnable par un tribunal équitable, indépendant et impartial.* »[242]

La proposition des Philippines. Le représentant des Philippines, pays proche des Etats-Unis, introduit également un amendement présentant sa proposition au sujet de l'article relatif au procès équitable[243] : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial qui décidera soit de ses droits et obligations, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. L'accès de la salle d'audience pourra être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès, sauf lors du prononcé du jugement, pour des considérations de sécurité nationale ou de morale, ou lorsque le maintien de l'ordre dans le prétoire l'exige. On pourra aussi exclure les mineurs pendant la totalité ou une partie du procès si cette mesure est prise dans leur intérêt* ». Cette formulation influencera beaucoup la version finale du Pacte et, partant, celle de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le principe de la publicité plus remis en cause. La question de la publicité des débats judiciaires, désormais inscrite dans la Déclaration, est moins débattue que lors des débats de la troisième session. Le principe n'est plus remis en cause, mais la discussion va être longue et parfois confuse en raison du grand nombre d'amendements déposés par les différents participants. Elle portera principalement sur des questions de forme. Le projet de Pacte international relatif aux droits civils et politiques est présenté dans le « *Rapport de la cinquième session de la Commission des droits de l'homme au Conseil économique et social* »[244]

Le modèle du futur article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Finalement, le premier alinéa de l'article 13 du projet de Pacte est ainsi rédigé à New York, à

[242] *Ibid.*, p. 22.
[243] O.N.U., Doc. E/CN.4/232.
[244] O.N.U., Doc. E/CN.4/350 du 23 juin 1949. Document en français, original en français. 121 p. Le détail des articles proposés pour le Pacte par la Commission se trouve dans l'annexe I au rapport, pp. 30-57.

la date du 23 juin 1949 : « *13-1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement sera rendu publiquement mais l'accès de la salle d'audience pourra être interdit à la presse et au public, pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt des bonnes mœurs, de la sécurité nationale et l'ordre public ou lorsque l'intérêt de mineurs ou d'incapables l'exige.* »[245]

Un texte adopté seulement en 1966. L'article 14 du Pacte adopté en 1966 proclame : *« 1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice ; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants* ».

On le voit, la version finale est différente de la rédaction provisoire de juin 1949 qui a servi de modèle aux rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe de décisions rendues publiquement a notamment disparu dans le Pacte.

La possibilité de communications individuelles. Un Protocole facultatif[246] permet de présenter des communications individuelles devant le Comité des droits de l'homme, institué par l'article 38 du Pacte, après épuisement des voies de recours internes. Adopté en 1966, il est entré en vigueur le 23 mars 1976[247]. Le comité siège généralement trois fois par an à New York ou Genève.

---

[245] *Ibid.*, p. 36.
[246] O.N.U., Assemblée générale, Résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 : Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civiles et politiques.
[247] Trois mois après la dixième ratification, conformément à son article 9.

La France a ratifié ce Protocole facultatif le 17 février 1984, mais une réserve concernant l'article 5-2 en réduit beaucoup la portée : la France a en effet indiqué que le Comité n'était pas compétent pour examiner une communication émanant d'un particulier si la même question est en cours d'examen ou a déjà été examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement. Par cette dernière formulation, il faut entendre principalement la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, dans une décision concernant la France sur la plainte d'un particulier, rendue publique le 28 avril 2006[248], le Comité des droits de l'homme a tout de même précisé que le fait qu'une requête soit soumise à la Cour européenne des droits de l'homme et que celle-ci la juge irrecevable pour une question de procédure n'est pas un « *examen* » de l'affaire qui permettrait l'application de la réserve. La France avait soutenu que la notion « *d'examen* » de l'affaire au sens de la réserve devait s'entendre d'un examen quel qu'il soit. Le Comité des droits de l'homme n'a pas souscrit à cette interprétation « *qui reviendrait à appliquer la réserve de* [la France] *à toute communication qui aurait été envoyée à la Cour européenne des droits de l'homme et aurait fait l'objet d'une réponse de sa part, quelle qu'elle soit.* »[249]. Le contentieux d'origine française portée devant le Comité des droits de l'Homme n'en demeure pas moins rarissime.

Le rappel du principe par les organes des Nations unies. Il faut donc aller chercher ailleurs le rappel, par les organes des Nations unies, de la nécessité du caractère public de la procédure en matière pénale, telle que garantie par l'article 14 de la Charte. Nous ne prendrons, à ce sujet, que quelques exemples récents. Le Comité des Droits de l'Homme dans des observations du 24 avril 2001 s'est, par exemple, inquiété de procédures dans lesquelles la publicité n'était pas garantie en Syrie[250]. Dans une résolution du 19 décembre 2006[251] au sujet de l'Iran, l'Assemblée générale des Nations unies s'est également déclarée « *gravement préoccupée* » par « [l]*e non-respect systématique des normes internationales dans l'administration de la justice et, en particulier* […] *le refus de garantir un procès public*

[248] O.N.U., Doc. CCPR/C/86/D/1228/2003 : Comité des Droits de l'Homme, *Lemercier c. France*, 28 avril 2006.
[249] Même décision, § 6-3. - La même solution se rencontre dans une décision rendue publique le même jour par le Comité des Droits de l'Homme : O.N.U., Doc. CCPR/C/86/D/1434/2005 : *Fillacier c. France*, 28 avril 2006. Toutefois, ces deux communications individuelles contre la France ont été déclarées irrecevables pour d'autres motifs par le Comité des droits de l'homme.
[250] O.N.U., Doc. CCPR/CO/71/SYR : *Concluding observations of the Human Rights Committe, Syrian Arab Republic*, 24 avril 2001, §§ 15 et 16. Document en anglais.
[251] O.N.U., Doc. A/RES/61/176 : *Situation des droits de l'homme en République islamique d'Iran*. Document en français. 5 p.

[…] », particulièrement au détriment de personnes « *appartenant à des minorités religieuses, ethniques ou nationales.* »[252]

Nous retrouvons également l'affirmation du principe, dans une résolution de l'Assemblée générale du 13 mai 2003[253], au bénéfice des personnes poursuivies au Cambodge pour des crimes commis sous le régime des Khmers rouges, par des chambres extraordinaires qui « *exercent leur compétence conformément aux normes internationales de justice* »[254]. Ce texte précise dans son article 13 que les *« droits des accusés* […] *consistent en particulier à ce que* [leur] *cause soit entendue équitablement et publiquement…* »[255]

L'évocation du principe de la publicité par les différents organes de l'O.N.U. demeure cependant imprécise et de peu de portée si on la compare à l'œuvre normative réalisée par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des différents éléments du procès équitable.

[252] *Ibid*., p. 3.
[253] O.N.U., Doc. A/RES/57/228 B. Annexe : Projet d'accord entre l'organisation des Nations unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du kapuchea démocratique. Document en français. 12 p.
[254] *Ibid*., p. 7.
[255] *Ibid*., p.

Section 2. La publicité dans la Convention européenne des droits de l'homme

Un article 6 § 1 largement consacré au principe de la publicité. L'article 6, relatif au droit à un procès équitable, stipule dans son premier paragraphe : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ». A l'évidence, tous les éléments du procès équitable ne sont pas égaux en complexité : là où l'équité, l'indépendance, l'impartialité du tribunal ou le délai raisonnable de la procédure sont énoncés brièvement, plus des deux tiers du paragraphe concernent la seule publicité de la justice.

Le produit d'une discussion entre deux institutions du Conseil de l'Europe. La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950 est l'aboutissement d'une discussion engagée entre deux institutions du Conseil de l'Europe : le Comité des ministres et l'Assemblée consultative. Le rapport « *Teitgen* », inspiré du projet de convention établi par le Mouvement européen[256], a été soumis à un comité

[256] Le Mouvement Européen était une association de nature politique à l'origine de l'idée d'une convention européenne des droits de l'homme exprimée lors d'un congrès à La Haye en mai 1948. De plus, le Conseil International du Mouvement Européen avait adopté en février 1949, une Déclaration des principes de l'union européenne qui comportait notamment le paragraphe suivant : « *Aucun Etat qui n'accepte pas les principes fondamentaux d'une Charte des Droits de l'Homme et qui ne se déclare pas lui-même désireux et capable d'assurer son application ne doit être admis au sein de l'Union européenne. En conséquence, l'adhésion officielle de certaines nations européennes, à la fois à l'Ouest et à l'Est, ne peut être attendue pour le moment. Mais la barrière qui sépare les Etats libres des autres nations européennes ne doit pas être acceptée comme devant être permanente. Notre but est l'union dans la liberté de tous les peuples d'Europe* ». Lire à ce propos l'introduction au volume I du recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme : ROBERTSON A. H., *Introduction, in Recueil « des travaux préparatoires »*, vol. I, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, pp. XXIV-XXXIII.

d'experts qui s'est réuni du 2 au 8 février 1950, puis du 6 au 10 mars 1950, avant de proposer plusieurs variantes. L'étude de ces dernières a été confiée à une conférence de hauts fonctionnaires, chargée de préparer la décision politique, qui s'est réunie du 8 au 17 juin 1950. Le projet de convention a alors été soumis, du 3 au 9 août 1950, au Comité des ministres, par l'intermédiaire de son sous-comité aux droits de l'homme, avant le renvoi du texte à l'Assemblée consultative qui l'a examiné au cours de ses séances du 7 au 28 août 1950. Les dernières précisions ont été apportées au cours d'une réunion des représentants des ministres des affaires étrangères, le 2 novembre 1950, et du comité d'experts juridiques, les 2 et 3 novembre 1950, avant que la Convention ne soit finalement signée à l'issue de la sixième session du Comité des Ministres, organisée à Rome les 3 et 4 novembre 1950[257].

Plan. La Convention a été largement soumise à l'influence des textes édictés par l'O.N.U. et aux principes du droit de *Common law* dans une approche protectrice des libertés individuelles (§1). La publicité judiciaire vient aussi y conforter la mise en place d'un instrument juridique destiné à sauvegarder la forme démocratique des sociétés dans une perspective plaçant au premier rang l'intérêt public (§2).

[257] Le compte-rendu des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme a été publié en huit volumes, entre 1975 et 1985 : *Recueil des « travaux préparatoires* », La Haye, éd. Martinus Nijhoff. Nous désignerons cette publication par la référence : *Recueil des travaux préparatoires CEDH*.

§ 1. La forte influence des textes de l'O.N.U. et du droit anglo-américain sur l'article 6 de la Convention

Cette influence s'est exprimée à la fois avant le début des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme (A) et pendant ceux-ci (B).

A. Une influence déjà en place avant les travaux préparatoires de la Convention

La forte influence des textes de l'O.N.U. L'influence générale de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée lors de l'Assemblée générale des Nations unies réunie à Paris le 10 décembre 1948[258] est déterminante. La version finale de la Convention européenne des droits de l'homme affiche d'ailleurs cette filiation dès les deux premiers considérants de son préambule [259] : « *Considérant la Déclaration universelle des Droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 ; Considérant que cette Déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés.* » Les travaux préparatoires, à New York, du Pacte des Nations unies, ont aussi largement influencés la forme donnée à la Convention. Il est vrai que Convention européenne et Pacte des Nations unies ont un même but : rendre effectifs les droits proclamés par la Déclaration de 1948. Rapporteur au nom de la Commission des Questions Juridiques et Administratives sur l'organisation d'une garantie collective des libertés essentielles et des droits fondamentaux, Pierre-Henri Teitgen souligne, dès les premières phrases de son intervention devant l'Assemblée consultative[260] en septembre 1949, que la commission a estimé qu'il « *convenait (tant par souci de coordonner l'action au Conseil de l'Europe et celle des Nations unies qu'en raison de l'autorité morale et de la valeur technique du document dont il s'agit) d'utiliser autant que possible les définitions*

[258] O.N.U., Résolution 217 A (III) de l'O.N.U..
[259] « [L]*e préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte. En outre, il offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l'objet et du but de l'instrument à interpréter* » : Cour EDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 4451/70, § 34.
[260] Séance du 5 septembre 1949 : *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. I, pp. 217-235.

fournies par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme […], *et donc de renvoyer autant que possible à ce document* ».

Le Mouvement Européen, laboratoire de la Convention. Dans sa forme embryonnaire, le projet du Mouvement Européen prévoit « …*l'immunité contre toute arrestation, détention et exils arbitraires* » [261] . Bien qu'établi, au cours du premier semestre 1949, donc postérieurement à la proclamation de la Déclaration universelle des droits de l'homme, il ne fait pas référence de manière expresse au texte adopté par l'O.N.U, mais c'est déjà bien son esprit. Le « *projet de convention européenne des droits de l'homme* » établi par le Mouvement Européen[262] précise, en effet, d'emblée qu'un des buts de la convention projetée est d'assurer « *par des mesures graduelles l'application universelle de la Déclaration des Droits de l'Homme adoptée par les Nations unies* ». Exposant ses propositions[263] le 29 août 1949, Pierre-Henri Teitgen[264] soumet à la commission des affaires juridiques de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe[265], un projet qui reprend la formulation du projet du Mouvement Européen, mais qui ajoute la référence aux articles 9, 10 et 11 de la Déclaration de décembre 1948. C'est cette référence au texte de l'O.N.U, qui introduit le principe de publicité dans cette partie de la Convention européenne en cours d'élaboration[266].

L'influence anglaise. Le rôle et l'importance initiaux du Mouvement Européen dans la formation de la Convention européenne des droits de l'homme illustrent aussi le poids des

---

[261] Conseil de l'Europe, Doc. INF (5) F, p. 7.

[262] *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. I, pp. 297-303. - Evoquant ce projet devant l'Assemblée consultative lors de la séance du 19 août 1949, Pierre-Henri Teitgen dira : « [A]*u sein de la commission juridique du Mouvement européen, nous avons à quelques-uns – oh ! très discrètement et très officieusement - préparé un avant-projet de convention internationale dont le but est, en toute simplicité, d'éclairer le débat et de faciliter la présentation de cette convention* » : *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 49.

[263] Séance du 29 août 1949 : Conseil de l'Europe, Doc. A 116. - *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. I, pp.167-173.

[264] Grand résistant, proche influent de Charles de Gaulle, garde des Sceaux (1945-1946), ministre de la Défense (1947-1948), ministre de l'Information et de la Fonction publique (1949-1950), ce fils d'avocat était aussi un éminent juriste qui sera professeur de droit à Nancy, Rennes et Paris. Député MRP, son action politique était marquée par la pensée démocrate-chrétienne et par un anticommunisme qui le rapprochait des Américains dans les instances internationales, même si sa pensée demeurait autonome. Comme René Cassin, il se caractérisait par un engagement personnel en faveur des droits de l'homme, notamment dans leurs dimensions universelles. Pierre-Henri Teitgen (1908-1997) était par ailleurs le propriétaire du journal Ouest-France.

[265] A la différence de la Commission des droits de l'homme des Nations unies, le Comité sur les questions juridiques et consultatives de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe est composée d'éminents juristes qui maîtrisent non seulement leur système juridique national, mais aussi celui des pays voisins, ce qui donnera d'emblée à ses travaux une vision transnationale des protections à organiser. Outre Pierre-Henri Teitgen, on trouvait au sein de ce comité l'anglais David Maxwell Fyfe et le professeur de droit italien Antonio Azara. Le projet du Mouvement Européen avait également été rédigé par le professeur belge Fernand Dehousse.

[266] « *L'immunité contre toute arrestation, détention et exil arbitraire conformément aux articles 9, 10 et 11 de la Déclaration des Nations unies…* » : Conseil de l'Europe, Doc. A.116.

Anglais. Les fondements de l'Europe moderne ont été exposés par Winston Churchill dans son discours du 19 septembre 1946 prononcé à l'Université de Zurich[267]. Le même jour, à quelques kilomètres de là, sont réunis à Hertenstein[268] les représentants d'organisations fédéralistes de quatorze pays qui adoptent, le 22 septembre 1946, le « *programme d'Hertenstein* », résolument supranational et prévoyant que les nations, futures membres d'une fédération européenne, abandonnent à cette dernière des pans entiers de leur souveraineté nationale, notamment en matière économique, politique, judicaire et militaire[269]. Ce texte d'Hertenstein énonce explicitement à son sixième point ce qui est, déjà, l'embryon de la Convention européenne des droits de l'homme, en prévoyant une « *Charte du citoyen d'Europe* », fondée sur le « *respect de la personne humaine* ». Après le Congrès de la Haye[270], communément présenté comme l'acte de naissance de l'union européenne, l'action de Churchill va prendre forme à travers l'*United Europe Movement* (UEM), qui regroupe des conservateurs hostiles aux thèses défendues par les fédéralistes, et qu'on appellera bientôt, pour les distinguer de ces derniers, les « *unionistes* »[271] . L'*United Europe Movement* est présidé par le propre gendre de Churchill, Duncan Sandys. C'est l'UEM qui est à l'origine d'un « *Comité international de coordination des mouvements pour l'unité européenne* » (Joint Committee), qui devient le 25 octobre 1948, le « *Mouvement Européen* »[272] (ME), structure

---

[267] Le discours de Zurich est disponible en version audio à la bibliothèque numérique European Navigator (ENA) conçue et réalisée par le Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE). www.ena.lu. Churchill y énonçait sa volonté de voir émerger un axe franco-allemand et de construire et fortifier la puissance de l'O.N.U. afin de créer une organisation à l'échelle de l'Europe, qui pourrait s'appeler les Etats-Unis d'Europe (« *Under and within that world concept, we must re-create the European family in a regional structure called, it may be, the United States of Europe* »), la première étape étant la création d'un Conseil de l'Europe (« *And the first pratical step would be to form a Council of Europe* »). Churchill évoquait aussi, à demi-mots, le danger que représentait l'U.R.S.S., dont il convenait de se prémunir par une organisation occidentale commune : « *... overs wide areas a vast quivering mass of tormented, hungry, care-worn and belwildered human beings gape at the ruins of their cities and their homes and scan the dark horizons for the approach of some new peril, tirrany or terror...* ».

[268] BELOT Robert, *Henri Frenay, de la Résistance à l'Europe*, Paris, Editions du Seuil, 2003, pp. 523-524.

[269] Pour une étude de ce programme : PURRO Jean-Marc, *La fédération européenne, ses principes et ses problèmes, vus par les fédéralistes au travers des Congrès de Montreux, La Haye, Rome et Lausanne*, Mémoire de licence présenté à la Faculté des lettres de l'université de Fribourg (Suisse), 1977, p. 194.

[270] Du 7 au 10 mai 1948. Ce Congrès a vu naître une Europe des Etats et non un Etat européen comme le souhaitait les fédéralistes. M. le professeur Belot a une explication historique au sujet de cette dualité. Pour lui, les fédéralistes provenaient particulièrement des rangs de ceux qui avaient vu les institutions de leur pays s'effondrer. Ils voulaient faire table rase du passé et effacer le cadre national pour reconstruire sur du neuf. Ils avaient vécu « *l'expérience traumatisante de la défaite, de la guerre civile et de la mise en cause radicale de leur pays et de l'idée qu'ils s'en faisaient* ». Les unionistes, au premier rang desquels les Anglais, avaient, au contraire, vu leur système politique tenir au plus fort de la tempête, et permettre à leur pays de s'imposer. Ils voulaient garder ce système : BELOT Robert, *Henri Frenay…,op. cit*, pp. 534-535.

[271] Qui voient les institutions européennes davantage comme un club réunissant des Etats indépendants et souverains que comme une fédération.

[272] Qui rassemble l'UEF, *l'United Europe Movement*, le Mouvement socialistes pour les Etats-Unis d'Europe, la Ligue économique de coopération européenne, les Nouvelles Equipes internationales, le Conseil français pour l'Europe unie.

qui fédère plusieurs mouvements européens et au sein de laquelle sera élaborée la première version de la future Convention européenne des droits de l'homme. Au congrès de La Haye, le danger représenté par l'Union soviétique est encore plus affirmé qu'en 1946 et c'est la crainte de ce « *péril* »[273] qui va permettre d'unir des responsables politiques dont les options idéologiques sont par ailleurs très hétéroclites. L'Europe se construisant face au bloc communiste, Churchill s'impose au détriment des fédéralistes[274], et l'influence anglaise sera, dès lors, déterminante. Cela va particulièrement se sentir dans l'élaboration du texte de la Convention européenne des droits de l'homme, fortement imprégné des principes de *Common law*[275] ou, en tout cas, parfaitement compatible avec ses règles.

L'influence des Etats-Unis. Le Mouvement Européen - nous le savons aujourd'hui car le temps et la déclassification des documents secrets ont fait leur œuvre - est également étroitement lié aux Etats-Unis. A l'époque où se discute la Convention européenne des droits de l'homme, les initiatives visant à relever et à unifier l'Europe se déroulent sous l'influence très nette des Etats-Unis : Pacte de Bruxelles (17 mars 1948)[276], Traité de l'Atlantique Nord (4 avril 1949)[277], Plan Marshall (avril 1948)[278], convention instituant l'Organisation européenne de coopération économique (OECE, 16 avril 1948)[279]. L'action américaine va prendre la forme du soutien et de l'unification des groupes fédéralistes européens. En quelques mois, cependant, l'environnement international s'est modifié, et la rédaction du texte de la Convention européenne des droits de l'homme s'intègre dans la stratégie des Etats-Unis

---

[273] Le préambule du Congrès proclame : « *Nous sommes ici pour déclarer l'urgence d'une union volontaire des peuples de l'Europe, à cause d'un plus grand péril, et d'un plus grand espoir* ».

[274] Dans ses mémoires, Denis de Rougemont raconte comment il fut empêché, par Duncan Sandys et Randolph Churchill, de lire au Congrès de la Haye le passage du manifeste fédéraliste évoquant une *« défense commune* ». « *C'est à ce moment précis que les maîtres du Congrès retirèrent la parole au peuple européen, pour la donner à des ministres, qui en ont fait l'usage que l'on sait* » : DE ROUGEMONT Denis, *L'Europe en formation*, n° 98, mai 1968, pp. 14-15.

[275] En revanche, les fédéralistes vont parvenir à sauver un élément de leur programme : la constitution d'une Cour suprême européenne de justice associée au principe de saisine individuelle, afin, comme le proclamait de texte d'Hertenstein, d'assurer « *la protection des droits de la personne, qui doit rester le but principal de l'union* ».

[276] Qui organise une alliance diplomatique, mais surtout une coopération économique entre l'Angleterre, la France et les trois pays du Bénelux.

[277] L'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) associe à l'origine les cinq pays signataires du traité de Bruxelles avec les Etats-Unis, pour créer une organisation politico-militaire commune face à l'U.R.S.S.

[278] Programme d'aides financières américaines pour la reconstruction de l'économie et de l'industrie européennes.

[279] REVEILLARD Christophe, « La communauté politique européenne (1952-1954) l'américanisation par la fédération, in *L'américanisation de l'Europe occidentale au XXe siècle : mythe et réalité. Actes du colloque des universités européennes d'été, 9-11 juillet 2001 organisé par l'Université Paris Sorbonne*, Paris IV, Centre Roland Mousnier, Presses Paris Sorbonne, 2002, pp. 101-120.

engagés dans la Guerre froide[280], même si le texte final sera incontestablement européen[281], et même ouest-européen. L'intervention des Etats-Unis dans le processus de création d'institutions européennes va être menée par William J. Donovan, le créateur de l'*Office of Strategic Studies* (OSS)[282], dont les services dissous après la guerre vont poursuivre leurs activités sous une forme civile avec la création en 1947 de la *Central Intelligence Agency* (CIA), qui va devenir l'outil principal de la mise en place de l'influence américaine en Europe[283]. Outre les anciens de l'OSS qui ont souvent un lien très étroit avec des responsables politiques issus des mouvements de résistance[284] ou des forces alliées, Donovan est entouré d'universitaires, la plupart de Harvard, et d'experts qui vont lui fournir le fond doctrinal qui va permettre de dégager les lignes de force des institutions, de type fédéral, que les Américains veulent mettre en place en Europe[285]. Les travaux des universitaires s'intègrent aux efforts déployés par les Américains pour dégager et diffuser les valeurs communes propres à fonder une alliance atlantique et un marché économique commun. La volonté des Etats-Unis de promouvoir leur modèle à travers des organisations comme le Conseil de l'Europe, l'OECE, la CECA, le projet de CED, les traités de Rome et l'instauration d'une zone européenne de libre-échange, se développe de manière franche à partir du Plan Marshall. Ce dernier est présenté le 5 juin 1947 par le général George Marshall, dans un discours

---

[280] L'intégration du principe du droit à la propriété privée dans un texte relatif aux droits de l'homme est un élément fondamental de cette problématique, face à l'U.R.S.S. et à la montée des partis communistes nationaux, notamment en France et en Italie. Ce sera chose faite avec le Protocole 1 de 1952.

[281] Pour une analyse de l'influence de la Guerre froide sur la rédaction de la Convention : MADSEN R. Mikael, « La Cour qui venait du froid. Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre », trad. Sandra COSSART, *Critique internationale*, n° 26, janvier 2005, pp. 133-146.

[282] Pour une présentation historique complète de ce service : SMITH Bradley, *The Shadow Warriors, OSS and the Origins of the CIA*, New York, Basic Books, Inc. Publishers, 1983.

[283] AMERINGER Charles, *US Foreign Intelligence. The Secret Side of American History*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1990. - BELOFF Max, *The United States and the Unity of Europe*, Washington DC, Brookings, 1963. - BOSSUAT Gérard, *L'Europe occidentale à l'heure américaine (1945-1952*), Bruxelles, Complexe, 1992.-MELANDRI Pierre, *Les Etats-Unis face à l'unification de l'Europe, 1945-1954*, Paris, Editions Pédone, Publications de la Sorbonne, 1980. – MILWARD Alan Steel, *The reconstruction of Western Europe, 1945-1951*, London, Methuen, 1984. - WALL Irwin, *L'influence américaine sur la politique française, 1945-1954*, Paris, Balland, 1989.

[284] Henri Frenay en est un bon exemple. A l'origine des Mouvements Unis de la Résistance (MUR) en 1943, il s'était tourné vers Allen Dulles, responsable de l'OSS en poste à Berne, pour obtenir une aide financière américaine. Cet épisode est à l'origine de l'affrontement entre Henri Frenay et Jean Moulin (A ce sujet : BELOT Robert, KARPMAN Gilbert., *L'affaire suisse. La Résistance a-t-elle trahi De Gaulle* ?, Paris, Armand Colin, 2009). Après guerre, Dulles deviendra un des membres les plus éminents de la CIA, et sera aux commandes pour la mise en place du Plan Marshall, gardant toujours un contact avec Henri Frenay devenu un des principaux représentants des fédéralistes en Europe.

[285] Parmi les universitaires, on trouve principalement deux juristes : Carl Joachim Friedrich et Robert Robertson Bowie, mais aussi Harold van Buren Claveland, Frederick Burkhardt et William Langer. Parmi les experts, le juriste Arthur Goldberg, qui servit au sein de l'OSS durant la guerre (où il était chargé du contact avec les syndicats européens), et qui sera par la suite secrétaire au Travail du président Kennedy, Juge à la Cour suprême des Etats-Unis (où il se distingua pour ses positions abolitionnistes concernant la peine de mort) puis ambassadeur des Etats-Unis aux Nations unies où il prit une part déterminante dans la rédaction de la version anglaise de la Résolution 242 du 22 novembre 1967, après la guerre des Six-Jours.

prononcé à l'Université de Harvard. Le choix du lieu ne doit rien au hasard, puisque c'est au sein de cette université qu'ont été préparées, pendant les années de guerre, les études destinées à fonder la politique américaine en Europe, une fois la victoire obtenue. Ces travaux sont connus en matière économique et politique ; ils le sont moins en matière juridique. Pourtant, là aussi, Harvard a servi de laboratoire, notamment autour d'un professeur de droit d'origine allemande : Carl Joachim Friedrich (1901-1984), dont la culture à la fois européenne et américaine, et l'expérience de la montée du nazisme en Allemagne et en Autriche vont influencer de manière décisive la doctrine. Friedrich a défini le totalitarisme, avant d'imaginer les garde-fous juridiques propres à éviter aux démocraties renaissantes de glisser, à nouveau, vers des régimes de ce type. Les travaux qu'il dirige pendant la guerre à Harvard sont empreints de la doctrine fédéraliste majoritaire chez les auteurs américains qui dominent alors le droit international[286]. Ils montrent une parenté directe entre les Etats-Unis et le Mouvement Européen. Ces idées, développées plusieurs années avant la fin de la guerre, se retrouvent dans les propositions du ME[287]. Carl Friedrich estime qu'avec son discours des « *Quatre libertés* »[288], le président Roosevelt a ouvert la voie, en 1941, à une nouvelle conception des droits de l'homme, qu'il s'agit de mettre en œuvre en Europe une fois la guerre passée[289]. Les liens entre le Mouvement Européen (ME) et les Etats-Unis à cette époque ne sont cependant pas qu'intellectuels. Le ME est aussi largement subventionné par les Etats-Unis[290]. Les conditions sont donc réunies pour que ce fonds doctrinal, qui s'était

---

[286] Et qui influença aussi les auteurs de doctrine de ce côté-ci de l'Atlantique, à l'image du Français Paul Reuter, à qui Jean Monnet s'adressa pour établir le texte établissant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, texte pour lequel le professeur de Harvard, Robert Robertson Bowie, a joué un rôle déterminant.

[287] Carl Friedrich est né en 1901 à Leipzig en Allemagne. Il émigre aux Etats-Unis dans les années 20 et devient professeur de droit à Harvard. A partir de 1943, il dirige la School for Overseas Administration, chargée de réfléchir à l'administration de l'Europe une fois qu'elle sera libérée et de former les futurs gouverneurs américains qui y seront nommés : COHEN Antonin, « La Constitution européenne. Ordre politique, utopie juridique et guerre froide », *Critique internationale*, 1/2005 (n° 26), p. 129. A partir de 1946, conseiller du gouverneur américain en Allemagne il est étroitement associé à l'écriture des constitutions des Länder allemands et de la Loi fondamentale de 1949 : FRIEDRICH, Carl J., « *Rebuilding the German Constitution, I* », *The American Political Science Review*, juin 1949, vol.XLIII, n° 3. L'apport doctrinal du Professeur Friedrich provient de la profondeur initiale de son analyse du totalitarisme, son influence postérieure consistant à déterminer les moyens juridiques nécessaires à mettre en œuvre pour ne pas voir le phénomène totalitariste reprendre forme en Europe. L'étude des archives qu'il a laissées à Harvard montre qu'il était plongé à cette époque dans les œuvres de Milton, Kant, Althusius et Hegel : *Harvard University Archives* : *Papers of Carl J. Friedrich*, 1919-1975, HUGFP 17.XX ; *Council for Democracy*, HUGFP 17.24; *Milton Fund*, 1935, HUGFP, box 30; *Althusius translation*, 1943-1944, HUGFP 17.12, box 2 et box 4; *Postwar reconstruction*, 1943, HUGFP 17.6, box 33.

[288] Liberté d'expression et de culte, et liberté de vivre à l'abri du besoin et de la peur. Ce discours a été prononcé par Franklin D. Roosevelt devant le Congrès des Etats-Unis le 6 janvier 1941.

[289] FRIEDRICH Carl J., «*Rights, Liberties, Freedoms : a Reappraisal* », *The American Political Science Review*, december 1963, vol. LVII, n° 4.

[290] REBATTET François-Xavier, *The European Movement, 1945-1953 : a study in national and international non-governemental organisations working for european unity*, University of Oxford, D. Phil., 1962. Cette thèse a été soutenue en 1962 à Oxford mais a été classée secrète pendant trente ans. L'auteur est le fils de Georges

déjà exprimé à New York sous l'influence des nombreux conseillers juridiques dont était flanquée Eleanor Roosevelt [291], traverse l'Atlantique pour réapparaître à travers les propositions du Mouvement Européen en août 1949, à Strasbourg. Cet esprit, de nature politique, apparaîtra dans le préambule de la Convention, ce qui sera d'une grande importance quelques années plus tard, lorsque la Cour européenne interprétera les dispositions de la Convention au regard de son préambule. Par ailleurs, il fallait qu'à New York comme à Strasbourg, les textes adoptés soient compatibles avec le système de Common law anglo-américain. Ils le seront.

Une référence explicite aux textes de l'O.N.U. Les débats devant la Commission ne modifient pas en substance la proposition de Teitgen [292]. A l'issue de la session, la recommandation au Conseil des ministres n° 38 adoptée par l'Assemblée consultative le 8 septembre 1949[293], propose dans son article 2 que « *Dans la Convention, les Etats membres s'engageront à assurer à toute personne résidant sur leur territoire* […] *3) L'immunité contre toute arrestation, détention, exil et autres mesures arbitraires, conformément aux articles 9, 10 et 11 de la Déclaration des Nations unies…* ». La référence au texte de l'O.N.U. est désormais explicite, même si Teitgen a précisé pendant les débats et au nom de la commission, « *qu'en renvoyant à tel ou tel article de la Déclaration des Nations unies dans le but de mieux définir telle ou telle liberté, la résolution adoptée par la commission n'entendait pas renvoyer à toutes les dispositions de l'article visé, mais seulement à celles qui fixent le contenu de la liberté que désigne cette résolution* ».

Rebattet, secrétaire général du Mouvement Européen (ME) entre 1948 et 1955, après avoir été un des responsables de la Résistance française où il était le bras droit de Guillaume de Tournemire à la tête des Compagnons de France . Les documents éclairant le financement du ME sont issus des archives de Georges Rebattet. Par ailleurs les recherches dans les archives américaines permettent de retrouver la trace de ces financements et du très haut niveau de renseignement des services américains au sujet des mouvements composant le ME : *National archives and Records Administration* (NARA), RG 84, E 2462, B 30 ; RG 84, E 2462, B 44 ; RG 84, E 2478, B 41. Cité par Robert Belot, *Henri Frenay…, op. cit*, p. 539.

[291] Certains comme James Sismarian lors de la troisième session de la Commission des droits de l'homme laissant même peu de marge de manœuvre à l'ex-première dame, après que Mme Roosevelt eût exprimé publiquement ses réserves au sujet de la nouvelle orientation politique de l'administration Truman concernant la Palestine et les rapports des Etats-Unis avec l'Union soviétique. Elle proposa sa démission, qui fut refusée. GLENDON Mary-Ann, *op. cit.*, chapitre 7, *In the Eye of the Hurricane*, pp. 99-121.

[292] Conseil de l'Europe, Doc. A. 142, Débats à la Commission juridique, 29 août 1949. - Conseil de l'Europe, Doc. AS (1) 77, Texte soumis à l'assemblée consultative, 5 septembre 1949, p. 204. – Conseil de l'Europe, Doc. AS (1) 108, Adoption par l'assemblée consultative, 8 septembre 1949, p. 261.

[293] Conseil de l'Europe, Doc. n° 108, Assemblée consultative, première session, 18ème séance, pp. 261-264.

B. La totale réécriture, par les Anglais, de l'article 6 de la Convention

La première session du Comité des Experts : la reprise de la Déclaration de 1948 et l'ajout de restrictions. Saisi par le Comité des ministres, un Comité des Experts est prié de tenir compte, dans ses travaux, *« du progrès fait dans la matière par les organes compétents des Nations unies* »[294]. Cette formulation est plus large que le renvoi aux principes exposés dans la Déclaration universelle, déjà prise en compte à ce stade de l'élaboration de la Convention. Elle renvoie au projet de Pacte de l'O.N.U. qui est alors en cours d'élaboration à New York. Cependant, cette première réunion du Comité des Experts[295], aboutit, pour ce qui concerne le procès équitable, à un projet de Convention qui reprend mot pour mot la formulation de la Déclaration universelle des droits de l'homme[296]. Le Comité des Experts précise cependant que la clause générale de limitation des droits prévue à l'article 6 de son projet trouve à s'appliquer pour les éléments du procès équitable. Cette clause prévoit : « *a) la sécurité et l'intégrité nationale. b) l'exercice de l'administration de la justice* » peuvent « *justifier la limitation des droits fondamentaux.* » Le principe de cette restriction a été adopté après l'intervention du représentant suédois, pour qui « *les intérêts administratifs de l'Etat et les intérêts de la justice exigent parfois le secret en ce qui concerne certaines informations*. » [297]

La deuxième session du Comité des Experts : la réécriture anglaise de la Convention et la reprise du Pacte. Le Comité des experts se réunit le mois suivant pour une seconde session[298] qui va être déterminante. Sir Oscar Dawson, pour le Royaume-Uni, y présente une série d'amendements aux articles 1, 2, 4, 5, 6, 8 et 9 de l'avant-projet du Comité, dont l'ampleur est telle qu'il serait plus juste et plus simple d'écrire que le représentant britannique

---

[294] Conseil de l'Europe, Doc. AS (1) 116, pp. 288-289.
[295] Qui se déroule à Strasbourg du 2 au 8 février 1950.
[296] Projet du Comité des Experts. Article 2.b : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». 2.c : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* » : Conseil de l'Europe, Doc. A.833, p. 2.
[297] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP (50) 1, p. 13.
[298] Qui se déroule à Strasbourg du 6 au 10 mars 1950.

propose, ce jour-là, un contre-projet au texte adopté le 15 février[299]. En réalité, les amendements anglais sont très largement inspirés du projet de Pacte de l'O.N.U. élaboré à Lake Success par la Commission des droits de l'homme au cours de sa cinquième session, lorsqu'il ne s'agit pas, tout simplement, d'une copie conforme. Ainsi, concernant ce qui sera nommé des années plus tard le « *procès équitable* », les deux premiers paragraphes de l'amendement Dawson du 6 mars 1950 sont l'exacte transcription de l'article 13 du projet de Pacte[300] du 20 juin 1949. S'il s'agit d'adopter un texte, les Anglais veulent savoir à quoi ils s'engagent. Ils contestent le principe d'une clause générale de limitation et veulent que les libertés, ainsi que leurs limitations, soient clairement définies dans les articles mêmes de la Convention. Nous connaissons aujourd'hui les instructions données par le gouvernement anglais à ses représentants à Strasbourg[301]. Il était hors de question pour le Cabinet anglais que la Convention puisse être rédigée en termes vagues, ou pire, selon des concepts de droit continental laissant à une Cour le soin d'établir les règles par sa jurisprudence. Par ailleurs, il ne fallait pas que le moindre point substantiel défendu par le Royaume-Uni soit omis dans la Convention. Enfin, il était nécessaire que les textes des Nations unies et du Conseil de l'Europe soient les plus proches possibles les uns des autres.

Le projet britannique peaufiné par un comité de rédaction restreint. Le projet britannique est alors soumis à un comité de rédaction constitué de Dawson, Le Quesne (représentants du Royaume-Uni), Dons Moeller (Danemark) et Salen (Suède), qui en présente une nouvelle version lors de la séance du 6 mars 1950[302]. Le texte issu des réflexions de ces quatre juristes ne touche pas l'énoncé du principe de la publicité dans le procès équitable. Elle le renforce même en exigeant que toute mesure d'interdiction de l'accès de la salle d'audience au public ne puisse être prononcée que « *dans la stricte mesure où le tribunal l'estime nécessaire* ».

---

[299] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WPI (50) 2, A 915. - Recueil des travaux préparatoires CEDH, vol.III, pp. 281-289.

[300] *« In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit of law, everyone is entitled to a fair and public hearing, by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security, or where the interest of juveniles or incapacited persons so require*. » La version française était la suivante : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement sera rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience pourra être interdit à la presse et au public, pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt des bonnes mœurs, de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou lorsque l'intérêt de mineurs ou d'incapables l'exige.* » : O.N.U, Doc. E/1371. - Conseil de l'Europe, Doc. DH (56) 11, p. 9

[301] N.A., Doc. C.P. (50) 211, du 20 septembre 1950.

[302] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WPI (50) 10, A 919. - *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. III, pp. 289-295.

Mais le comité de rédaction ajoute aux bonnes mœurs, à la sécurité nationale et à l'ordre public, une autre cause d'interdiction de l'accès d'audience au public et à la presse : lorsque « *des circonstances spéciales de l'affaire, porterait atteinte aux intérêts de la justice.* »[303] Là encore, cet ajout est la conséquence d'une intervention du représentant de la Suède, qui avait déjà déposé un amendement en ce sens lors de la première session pour la clause générale de limitation des libertés. La motivation est la même : « *les intérêts administratifs de l'Etat et les intérêts de la justice exigent parfois le secret en ce qui concerne certaines informations »*[304]. Dans son rapport au Comité des ministres, le Comité des experts donnera toutefois une autre explication à cette restriction, en notant : « *qu'il a été convenu* […] *que l'expression intérêts de la justice s'appliquait aux cas où la publicité d'une audience porterait manifestement atteinte aux intérêts de l'une des deux parties ou d'un tiers.* »[305] Enfin, le comité de rédaction a décidé de retrancher de sa proposition le dernier terme du projet de Pacte et de l'amendement anglais, qui prévoyait une exception au principe de publicité « *lorsque l'intérêt de mineurs ou d'incapables l'exige* ».

Le Comité des Experts indécis face à deux projets. Le Comité des Experts se retrouve donc face à deux projets. Le premier est le texte adopté lors de la première session. Il correspond à une énumération des libertés fondamentales à garantir, et est la reprise mot pour mot de l'article 10 et du premier paragraphe de l'article 11 la Déclaration universelle des droits de l'homme[306]. Le second, qui retient le principe de la définition précise des libertés et de leurs restrictions prôné par le gouvernement britannique, est le texte issu de l'amendement anglais, qui a encore été remanié une fois et qui, désormais, est ainsi présenté dans le rapport au Comité des ministres[307] : « *toute accusation en matière pénale dirigée contre elle et dans un délai raisonnable. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience pourra être interdit à la presse ou*[308] *au public…* » Le Comité des experts décide de ne pas choisir entre ces deux variantes, estimant qu'un tel choix « *dépendait de considérations d'ordre politique* »[309]. Nous pouvons noter que cette différence d'appréciation concernant la précision des définitions avait opposé, dès la première séance du Comité des

[303] *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol III, p. 291.
[304] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP I (50) 15, p. 22. - *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 27.
[305] *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 33.
[306] *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 321.
[307] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP I (50) 15, pp. 8 et 9.
[308] A la place de « *et* » précédemment.
[309] Conseil de l'Europe, Doc. AS (2) 8, p. 571.

ministres, Schuman, pour la France, et Bevin, pour le Royaume-Uni[310]. Le premier estimait qu'un travail trop approfondi entrerait en concurrence avec celui mené aux Nations unies, et serait prématuré. Le second trouvait paradoxale l'idée qu'une Cour puisse être chargée de faire respecter des règles qui n'auraient pas, au préalable, été définies.

Les Britanniques très actifs au sein du Comité des ministres. Le Comité des ministres, réuni à Strasbourg du 30 mars au 1er avril 1950, décide de convoquer « *une conférence de hauts fonctionnaires munis d'instructions de leurs gouvernements, qui auraient pour tâche de préparer la décision des Ministres sur le plan politique*. »[311] Cette Conférence des hauts-fonctionnaires se déroule à Strasbourg du 8 au 17 juin 1950 et prépare le Comité des ministres qui se réunit pour une cinquième session du 3 au 9 août 1950, toujours à Strasbourg. Lors de la réunion du 4 août 1950 du sous-comité des droits de l'homme, le représentant du gouvernement britannique intervient une fois encore, et à nouveau au sujet de la publicité des audiences judiciaires, afin que soient pris en considération, pour les exceptions au principe, l'intérêt des mineurs et la protection de la vie privée des personnes en cause dans une instance : « *Dans son libellé actuel, cet article laisse à la discrétion du tribunal, la décision d'interdire l'accès de la salle d'audience à la presse ou au public dans certains cas où, en droit anglais, le huis-clos est réglementaire. Il ne prévoit pas non plus les cas où, en droit anglais, l'accès de la salle d'audience peut être interdit au public pendant les délibérations et le prononcé de la sentence d'un tribunal statuant sommairement dans des affaires de famille, ainsi que dans des affaires concernant les mineurs* »[312]. Le gouvernement britannique propose donc un article ainsi libellé : *« L'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque l'intérêt des mineurs ou de la vie privée des parties l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ; toutefois le jugement est rendu publiquement sauf lorsque les intérêts des mineurs ou de la vie privée des parties au procès exigent qu'il en soit autrement* ».

[310] Première session du Comité des Ministres. Deuxième séance tenue le 9 août 1949 à Strasbourg : *Recueil des Travaux Préparatoires CEDH*, vol. 1, p. 11-13.
[311] Conseil de l'Europe, Doc. AS (2) 8, p. 571.
[312] Amendement proposé par la délégation du Royaume-Uni lors de la séance du 4 août 1950 : Conseil de l'Europe, Doc. CM 1 (50) 6, A 1867. - *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. V., p. 67.

Des versions françaises et anglaises divergentes. Il est partiellement suivi par le Sous-comité aux Droits de l'Homme qui, après délibération, décide de rédiger la deuxième partie[313] de l'article 6-1 d'un projet de Convention, dont l'énoncé est rapporté de la manière suivante dans les documents officiels : *« Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique ou lorsque les intérêts des mineurs ou de la vie privée des parties au procès l'exigent ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par la Cour, lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la partie* »[314]. Dans ce document, en français, les « *intérêts de la justice* » ont disparu de l'article 6-1 pour laisser la place aux « *intérêts de la partie* ». Il n'en est rien dans la version anglaise du même projet : les intérêts de la partie n'y apparaissent pas, et les intérêts de la justice demeurent dans le texte figurant dans le compte-rendu officiel puisque la phrase se termine toujours par l'expression « *would prejudice the interests of justice* »[315]. Il est difficile d'établir si cette différence notable entre les deux textes provient d'une confusion lors des débats, ou d'une erreur de traduction. C'est, cependant, la version anglaise qui servira de support à la discussion, et c'est la formulation faisant référence aux intérêts de la justice qui est présenté comme le texte à discuter lors des séances suivantes. Dans le projet de Convention adopté par le Comité des ministres le 7 août 1950[316], l'article 6-1 s'écrit désormais ainsi dans sa version française : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, dans un délai raisonnable* […] *Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public, pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par la Cour, lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* » L'Assemblée consultative ne trouve rien à reprendre à ce texte[317]. Le Comité d'experts juridiques réuni le 3 novembre 1950

[313] Détaillant les exceptions au principe de publicité.
[314] Version française des articles amendés à la suite des délibérations de la séance du 4 août 1950 : Conseil de l'Europe, Doc. CM 1 (50) 9, p. 2. - *Recueil des travaux préparatoires CEDH*, vol. V, p. 75. - Projet de Convention adopté par le Sous-Comité des Droits de l'Homme : Conseil de l'Europe, Doc. CM (50) 52 du 7 août 1950, A. 1884.
[315] Conseil de l'Europe, Doc. CM 1 (50) 9, version anglaise, p.2.
[316] Conseil de l'Europe, Doc. A 1937. - *Recueil des travaux préparatoires CEDH* , vol. V, p. 125.
[317] Conseil de l'Europe, Doc. AS (2) 104, pp. 1031-1032.

n'opère que deux retouches[318] avant que la Convention ne soit signée le lendemain sous sa forme définitive.

Le paradoxe britannique. En ce qui concerne la publicité de la justice, l'Angleterre a promu à Strasbourg un principe qu'elle a combattu à New York face à l'URSS[319]. Mieux : alors même qu'elle défendait à Strasbourg les principes énoncés par le projet de Pacte de la Commission des droits de l'homme, elle a longtemps adopté à l'O.N.U. une stratégie visant à ce que le texte qu'elle a porté devant les institutions européennes naissantes ne soit pas adopté par les Nations unies. Les Britanniques ne voyaient plus dans le projet de Pacte, dès 1951, qu'un instrument aux mains des forces anticoloniales[320]. Ils considéraient donc comme douteux, c'est-à-dire destiné à les mettre en difficulté dans leurs colonies, l'inclusion de toujours plus de droits dans ce projet de texte[321]. En 1952, le Royaume-Uni finit même par être persuadé que la signature du Pacte, dont la rédaction avait été soumise à l'influence anticolonialiste, devenait « *embarrassante* »[322]. La différence de comportement des Anglais à New York et Strasbourg provient principalement de l'existence d'une « *clause coloniale* », conforme à leur demande, dans la Convention européenne, qui lui permettait de maîtriser l'application de la Convention dans ses colonies en permettant aux Etats de limiter territorialement la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 56 de la Convention dispose : « *1. Tout Etat peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer* […] *que la présente Convention s'appliquera* […] *à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales* ». Il était, en effet, pour le gouvernement britannique de l'époque hors de question de laisser penser aux peuples colonisés que la source de l'autorité pouvait se trouver ailleurs que dans la

---

[318] Conseil de l'Europe, Doc. CM/adj (50) 3. « *…intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée…* » à la place de « *…intérêts des mineurs ou de la vie privée* ». « *…jugée strictement nécessaire par le tribunal…* » à la place de « *…jugée strictement nécessaire par la Cour…* ».

[319] Au cours de la troisième session de la Commission des droits de l'homme, face à Pavlov.

[320] Memorandum secret du Secrétaire d'Etat aux Affaires étrangères du gouvernement britannique, document déclassifié consultable aux Archives nationales anglaises : N.A., CP (51) 82 du 19 mars 1951 : « *As far as the United Kingdom is concerned, many of the recommendations made were contrary to our views of what is desirable*.[...] *A clause was adopted by the Assembly which was intented to apply the Covenant automatically to all the dependent territories of a signatory State, thus exactly reversing our own demand for a "colonial application clause" of a kind which would enable the Governments of overseas territories, according to normal British constitutionnal practice, to consider the Covenant for themselves and to take their own decisions about its extension to their territories (This was a success for the "anti-colonial" Powers*. [...] *The Covenant seems to have become, for a number of nations, a mere pretext for attacks on the colonial Powers* ».

[321] *Ibid.* : « *Futhermore the good faith of various nations in presenting or supporting sweeping resolutions in favour of the inclusion of a maximum number of rights and of wide measures of implementation is very doubtful* »..

[322] *Ibid.* : « [I]*f anti-colonial feeling continues to grow in the United Nations, we shall have to consider whether ratification would be embarrassing* ».

Couronne[323]. Dans le même esprit, les Anglais étaient contre une cour européenne des droits de l'homme et le droit de pétition individuelle. Le 20 septembre 1950, le gouvernement britannique estimait être arrivé à ses fins, à l'exception de l'article 8[324]. Il se réjouissait particulièrement d'avoir réussi à imposer un texte qui définissait les droits et leurs limitations de manière précise, chaque Etat étant en situation de savoir ce sur quoi il s'engage lorsqu'il signera le traité. Il estimait avoir évité la création d'une cour qui aura déterminé la norme à partir de précédents[325]. Si l'influence du Royaume-Uni sur le texte de la Convention est évidente, force est aussi de constater dans les travaux préparatoires que l'effort de certains pays, dont la France, s'est moins porté sur le texte lui-même que sur la question de la création d'une cour régulatrice des droits de l'homme pour l'Europe[326].

[323] N.A., CP (50) 179 du 25 juillet 1950 : « [T]*here appeared to be a danger that it would be misunderstood among the backward peoples of the Colonies as suggesting that the ultimate source of authority in those territories resided elsewhere than in Crown* ».
[324] Memorandum confidentiel au Cabinet du Premier ministre du 20 septembre 1950 : N.A., CP (50) 211 : « [T]*he draft Convention contains nothing of substance that was not included in principle in the United Kingdom draft Bill...* ».
[325] *Idem.*
[326] C'était notamment la position défendue par Pierre-Henri Teitgen.

§ 2. Une publicité judiciaire au service du principe démocratique défendu par la Convention

La préservation de la nature démocratique des sociétés constitue le « *but et l'objet* » de la Convention, à l'aune desquels le principe de la publicité doit être particulièrement apprécié (A). La publicité judiciaire est aussi étroitement liée à l'accomplissement d'un tel projet comme un moyen transcendant d'accomplissement démocratique (B).

A. La sauvegarde de la démocratie : « *but et objet* » de la Convention

Un texte politiquement orienté. La Convention européenne des droits de l'homme est un texte politiquement orienté. Il est la conséquence d'une expérience historique, le totalitarisme, et a été conçu comme un garde-fou destiné à éviter toute nouvelle dérive des Etats européens vers des régimes totalitaires. La Convention s'inscrit dans un projet clairement affirmé : le rétablissement, la consolidation puis la sauvegarde de la démocratie en Europe. Le principe démocratique est inscrit dans le préambule de la Convention et dans la Déclaration de 1948. Il irradie la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi nombre de textes européens, si bien qu'il paraît difficile d'aborder la jurisprudence de la Cour sans se pencher, préalablement, sur l'ensemble européen dans lequel elle a émergé. Ainsi, les signataires du *Traité de Maastricht sur l'Union européenne* (TUE)[327] déclarent-ils, dès les premières lignes, leur « *attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit* » avant de se déclarer « *désireux de renforcer le caractère démocratique et l'efficacité du fonctionnement des institutions* ». L'article F souligne que les systèmes de gouvernement des Etats membres sont « *fondés sur les principes démocratiques* ». La politique de coopération au développement de la Communauté contribue « *à l'objectif général* […] *de consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit* »[328], tandis que la politique étrangère définie par l'Union et ses Etats membres pose comme objectifs « *le renforcement de la démocratie et de l'Etat de*

[327] Traité sur l'Union européenne, Journal Officiel de l'Union européenne, n° C 191, 29 juillet 1992. Le traité a été signé le 7 février 1992 et est entré en vigueur le 1er novembre 1993.
[328] Article 130 U.

droit »[329] avant que la Conférence précise, *in fine*, « *que la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confiance du public envers l'administration* ». Ces principes sont repris dans le *Traité d'Amsterdam*[330], son article 6 déclarant notamment que « [l]*'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres* ». Le *Traité de Lisbonne*[331], pour sa part, pose comme objectif de « *compléter le processus lancé par le Traité d'Amsterdam et par le Traité de Nice en vue de renforcer* […] *la légitimité démocratique de l'Union…* »

La préservation de la démocratie. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relève du même esprit général. Le modèle du procès équitable doit prendre en compte « *le but et l'objet* » de la Déclaration de 1948 et de la Convention : la sauvegarde du système démocratique. Ainsi, le préambule de la Convention, après avoir rappelé le lien étroit entre le texte et la Déclaration de 1948, proclame-t-elle : *« Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique* »[332]. Comme le précise l'article 31 § 2 de la Convention de Vienne : « *le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte. En outre, il offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l'"objet" et du "but" de l'instrument à interpréter* ».[333]. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la démocratie « *représente un élément fondamental de « l'ordre public européen* » […] *la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul compatible avec elle* »[334]. Elle ajoute : « *La démocratie suppose de donner un rôle au peuple. Seules peuvent être investies des pouvoirs et de l'autorité de l'Etat des institutions créées par et pour le peuple* […] *Il n'y a pas de démocratie lorsque la population d'un Etat, même majoritairement,*

[329] Article J1.2.
[330] Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, Journal officiel de l'Union européenne, n° C 340, 10 novembre 1997. Le traité a été signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1er mai 1999.
[331] Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, Journal Officiel de l'Union européenne, n° C 306, 17 décembre 2007.
[332] Préambule de la Convention, 5e alinéa.
[333] Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 4451/70, § 34.
[334] Cour EDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie* [Grande chambre], Req. n° 58278/00, § 98.

renonce à ses pouvoirs législatif et judiciaire au profit d'une entité qui n'est pas responsable devant le peuple qu'elle gouverne… »[335].

M. le Professeur Peces Barba résume *: « Si nous analysons cette fonction subjective dans son ensemble, en relation avec le pouvoir, nous pouvons dire que les droits servent à limiter le pouvoir, à éviter ses maléfices, en deuxième lieu à contribuer à sa formulation, et finalement à obtenir l'appui et les bénéfices de ses prestations et de ses services. Si nous les considérons en relation avec la société civile, ils servent à défendre ses membres du pouvoir, d'eux-mêmes, pour être efficaces et dépasser l'état de nature, pour communiquer et établir des liens entre la société civile et le pouvoir, face aux attitudes d'un pouvoir séparé de la société (étatisation totalitaire de la vie) ou d'une société civile qui ne considère pas le pouvoir (privatisation anarchiste de la vie). En ce sens, ils représentent l'un des signes d'identité d'une société démocratique, face aux positions totalitaires et anarchistes*. »[336]

L'ordre juridique déterminé par la Convention européenne des droits de l'homme se caractérise par l'affirmation de la prééminence du droit et du respect de la dignité humaine, au point de laisser ces considérations déterminer de manière rigoureuse le cadre de toute question juridique. Il convient donc d'étudier l'une et l'autre avant de s'engager dans l'étude de la jurisprudence relative à la publicité, élément constitutif du procès équitable européen.

La préservation de la prééminence du droit. La publicité du procès pénal s'inscrit dans un cadre juridique général, surdéterminé[337] par l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme, qui pose le principe fondamental de la prééminence du droit. La Cour européenne des droits de l'homme y est également particulièrement attachée. Elle considère que son affirmation est le « *passage le plus significatif du préambule* »[338] de la Convention. Cette prééminence du droit constitue « *l'un des "principes fondamentaux" d'une "société démocratique", auquel "se réfère expressément le préambule de la Convention"* »[339]. La

[335] Cour EDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi* (*Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [Troisième section], Req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, § 43. La formulation n'a pas été reprise dans l'arrêt que la Grande chambre a ensuite rendu dans cette affaire : Cour EDH, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie* [Grande chambre].

[336] PECES BARBA Gregorio, « De la fonction des droits fondamentaux » in *Le Patrimoine constitutionnel européen, Actes du séminaire UniDem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996,* « Science et tecnique de la démocratie », vol. 18, Conseil de l'Europe, Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politique (C.E.R.CO.P.), Université de Montpellier, 1997, p. 219. – Conseil de l'Europe, Doc. CDL-STD (1996) 018.

[337] Pour emprunter un terme d'ordinaire dédié à la psychanalyse et à l'exploration de l'inconscient.

[338] 6e alinéa : « *Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit* […] ». Cour EDH, Golder, *préc*., § 34.

[339] Cour EDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 11209/84, § 58.

prééminence du droit, ayant pour finalité la sauvegarde de la société démocratique, inspire la Convention tout entière et, partant, son interprétation[340], notamment pour ce qui concerne le procès équitable et un de ses éléments : la publicité judiciaire.

Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont associés à la conception de la démocratie de l'Union européenne et à l'Etat de droit, qui permet la mise en œuvre de la « *prééminence du droit* ». La protection que reçoit l'individu découle donc de l'efficience du système politique et juridique. L'une ne peut aller sans l'autre. Préserver l'un, c'est garantir l'autre. Portant atteinte à l'un, c'est altérer l'autre. L'Etat de droit est un bien commun, susceptible de s'appliquer à chacun, et qui doit donc être placé sous la protection de tous. C'est le sens, en 1963, de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*[341] qui juge que « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace* ».[342]

L'importance de la dignité. Le premier paragraphe de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 proclame que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». L'article 1er de cette même déclaration précise que *« tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit* », ce qui fait ajouter la dignité à la proclamation de 1789, lorsque la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens affirmait que *« Les hommes naissent libres et égaux en droits* ». « *Cette sensibilité envers l'être humain a eu un fort impact sur le constitutionnalisme occidental européen, qui a fini par consacrer la dignité de tout être humain en tant que valeur matérielle centrale de la Norme fondamentale, en faisant dériver une très large reconnaissance des droits de la personne et une multiplicité de mécanismes de garantie* » souligne M. le Professeur Fernandez Segado[343]. En 1949, le principe même d'une norme fondamentale effective a fait placer le principe substantiel de la dignité en tête de la loi fondamentale allemande : *« La dignité de l'homme est intangible et constitue le devoir de toutes les autorités de l'Etat de la respecter et protéger* », avant d'associer, dès l'alinéa suivant l'idée de dignité à celle de justice : « *Conformément à cela, le peuple allemand*

[340] Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* [Cour plénière], Req. n°5100/71, § 69.
[341] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.
[342] *Ibid*., p. 25.
[343] FERNANDEZ SEGADO Francisco, « La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 67, 2006, p. 451.

reconnaît les inviolables droits inaliénables de l'homme comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde ». Ce qui a mené, logiquement, la Cour suprême de Karlsruhe à juger, dans une affaire de prison à perpétuité, que la dignité humaine était la valeur suprême de l'ordre juridique constitutionnel[344]. L'idée de la valeur suprême de la personne humaine se retrouve dans l'ensemble des traditions constitutionnelles européennes[345] : « *on se situe dans la moralité publique, appelée traditionnellement justice, après Aristote qui raisonne sur l'ensemble des fins et des objectifs que le Droit doit accomplir pour rapprocher une société de l'idée de justice. Pour réaliser ces objectifs, il faut tenir compte de toute la tradition morale, juridique et politique qui constitue le patrimoine de la culture européenne moderne, à partir de la Renaissance, avec les grandes valeurs de liberté, d'égalité, de solidarité ou de fraternité, et de sécurité, construites sur l'idée initiale de la dignité humaine dans une société où l'homme est le centre du monde – anthropocentrisme – et dans lequel il est centré sur le monde – sécularisation –* » énonce M. le Professeur Peces Barba[346]. La maturité juridique européenne, et les conséquences que les nations ont tirées de leurs drames historiques, souvent communs, hisse la dignité humaine au rang d'une valeur qui éclaire[347] ou légitime (nous y reviendrons) l'ordre juridique. A l'aube du XXIe siècle, il s'agit aussi d'une synthèse des principaux courants de pensées qui ont traversé les pays et les époques, comme le retient M. le Professeur Fernandez Segado[348], qui évoque « *un substrat philosophique jusnaturaliste qui s'alimente* […] *idéologiquement des apports du libéralisme,*

---

[344] Tribunal constitutionnel fédéral allemand : BverfGE (abrégé de *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung*, c'est -à-dire décision du tribunal constitutionnel fédéral) 45, 187 et s. : *Lebenslange Freiheitsstrafe* : « *4. a) Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hat sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 I GG und des Rechtsstaatsprinzips gezeigt, daß ein menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt ist, wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können; denn der Kern der Menschenwürde wird getroffen, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muß. Um diese Aussicht, die den Vollzug der lebenslangen Strafe nach dem Verständnis der Würde der Person überhaupt erst erträglich macht, in einer Weise abzusichern, die verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, genügt das Institut der Begnadigung allein nicht* ».

[345] Pour le détail de la convergence des normes constitutionnelles européennes autour de la préservation de la dignité humaine, FERNANDEZ SEGADO, « La dignité de la personne… », *op. cit..*, p. 451.

[346] PECES BARBA Gregorio, « De la fonction des droits fondamentaux », *op. cit*, p 211.

[347] VERDU Pablo Lucas, *Curso de Derecho Politico* (Cours de droit politique), vol IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 320.

[348] Nous citons particulièrement des auteurs espagnols au sujet de la question du caractère fondamental des droits, en raison de l'acuité avec laquelle ils traitèrent cette question dans les années 70 et 80 après l'expérience du franquisme. Comme les auteurs de la Convention européenne et ceux de la Loi fondamentale allemande faisaient référence à la période nazie pour préciser la nécessité d'un ordre juridique fondé sur des droits fondamentaux présentant un contenu moral, les juristes espagnols font, de la même manière, référence au régime franquiste pour justifier la nécessité d'une proclamation d'une Norme fondamentale fondée sur la dignité humaine. Par exemple : « *Face à l'omission de tout ordre matériel de valeurs inspirant l'ordre juridique dans le régime franquiste, la Loi pour la Réforme politique du 4 janvier 1977 introduisait un changement radical de perspective…* » FERNANDEZ SEGADO, « La dignité de la personne… », *op. cit.*, p. 456.

du socialisme démocratique et de l'humanisme social-chrétien. »[349] Ces valeurs sont antérieures à la Convention, qui ne fait que les reconnaître et les défendre. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « *l'essence même* [de la Convention] *est le respect de la dignité et de la liberté humaine* »[350]. Le respect de la dignité humaine est absolu. Surtout, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que « *le préambule* [de la Convention] *affirme* […] *que les Etats européens ont en commun un patrimoine d'idéaux et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. Ce patrimoine commun est constitué par les valeurs sous-jacentes à la Convention* »[351]. Empruntant le raisonnement au Professeur Joaquin Ruiz-Giménez Cortes[352], M. Fernandez Segado définit la dignité humaine dans quatre dimensions.

Elle a d'abord été religieuse, prenant en considération l'état de l'homme « *créé à l'image de Dieu* ». La *dignitas* romaine, qui distinguait une partie des hommes – les dignitaires – du reste de la population, a été utilisée par les théologiens chrétiens pour créer l'idée de *dignitas humana*, où l'ensemble des hommes cette fois – et chacun d'entre eux – se distingue du reste de la création divine[353].

Elle est ensuite « *ontologique* » prenant en considération l'homme « *en tant qu'être doté d'intelligence, de rationalité, de liberté et de conscience de soi-même* », c'est-à-dire s'affranchissant de la religion à partir de la Renaissance dans le creuset de la tradition humaniste. Héritière de la pensée catholique, ce courant philosophique évolue cependant vers autre chose, à partir de l'association étroite de l'idée de dignité et de liberté pour un homme conscient de sa capacité à influer sur son destin. Cicéron l'avait déjà dit dans les premières pages de son *De Oratore*[354], lorsqu'il décrit en 55 av. J.-C. la formation de l'orateur. L'homme se distingue de l'animal non pas par un acquis divin, mais par l'effort qu'il consacre à l'apprentissage, à la formation, à l'éducation, à l'art de la parole et à l'expression. Dans cet esprit, ce sont les *humanités*, qui font la *dignitas humana*.

La dignité est encore « *éthique, dans le sens d'autonomie morale, non absolue, mais bien comme fonction essentielle de la conscience valorative (sic) devant n'importe quelle norme et*

---

[349] FERNANDEZ SEGADO, préc., p. 459.

[350] Cour EDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n°20166/92, § 44 : dans une affaire de viol.

[351] Cour EDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie* [Grande chambre], Req. n° 58278/00, § 98.

[352] RUIZ-GIMENEZ CORTES Joaquin, *Derechos fundamentales de la persona* (droits fondamentaux de la personne), Madrid, Université de Madrid, 1980, p. 113 et s.

[353] « *La dignitas humana sera ainsi appelée à désigner l'être humain en tant que créature qui est l'objet d'un dessein spécial* », PINTO DE OLIVEIRA Carlos-Josaphat, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme*, Editions universitaire de Fribourg, 1992, p. 9.

[354] CICERO Marcus Tullius, *De Oratore*, in *Œuvres complètes de Cicéron*, vol. 3, trad. Nisard, Paris, Dubochet et Compagnie, 1883.

n'importe quel modèle de conduite ; et comme effort de libération face à des interférences ou des pressions aliénantes et des manipulations transformatrices qui réduisent la personne comme s'il s'agissait d'un objet ».

Elle est, enfin, « *sociale, comme estime et réputation émanant d'un comportement positivement précieux, privé ou public, dans la vie en société* ».

M. Fernandez Segado conclut que la dignité « *en tant que qualité intrinsèque et primordiale de tout être humain, se traduit primordialement par la capacité de décision libre et rationnelle sur n'importe quel modèle de conduite, avec l'exigence conséquente de respect de la part des autres.* »[355]

Pour M. Peces Barba : « [l]*a fonction principale des droits fondamentaux dans la société moderne est d'orienter l'organisation de la société, et principalement du Droit, comme système d'organisation sociale, conformément à la dignité de la personne, pour qu'elle puisse réaliser les contenus qu'identifie cette dignité* […], *les éléments de cette dignité sont la capacité d'élection, de raisonner et de construire des concepts généraux, de communiquer et de décider sur ses fins dernières, sur sa moralité et sur son idée de salut. Les droits fondamentaux contribuent donc à ce que chaque personne puisse réaliser pleinement ces signes de sa condition humaine* […] ». Il ajoute que les droits de l'homme ont d'abord été des droits subjectifs, qui « *historiquement furent conçus comme des droits naturels, et plus tard comme des prétentions morales juridiquement reconnues* »[356].

L'idée qu'un droit positif tout entier puisse être considéré comme une norme déviante devant être écartée dès lors qu'il nierait la finalité d'un principe supérieur aussi central que fondamental, source de toute norme juridique, se retrouve dans les considérations accompagnant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article premier dispose : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». Les « [e]*xplications relatives à la Charte des droits fondamentaux* »[357], rédigées par le Présidium de la Convention européenne, indiquent : « *La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux* […] *Il en résulte notamment qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits à cette Charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit* ». Cette approche induit donc une

[355] FERNANDEZ SEGADO, « La dignité de la personne… », *op. cit.*, p. 463.
[356] PECES BARBA Gregorio, « De la fonction des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 217.
[357] Conseil de l'Europe, Doc. 2007/C 303/2.

hiérarchie entre les droits fondamentaux, que le principe de dignité domine. La publicité peut servir le respect de la dignité humaine, elle ne doit pas y porter atteinte.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, deux principes jouent un « *rôle clé* » pour « *protéger la dignité de l'être humain* » : « *la démocratie et la prééminence du droit (rule of law* »[358]. En matière de procès pénal, les deux sont étroitement liés au principe de publicité judiciaire et de contrôle démocratique, comme l'avait déjà énoncé Emmanuel Kant, à la fin du XVIIIe siècle.

B. La publicité, moyen transcendant d'accomplissement démocratique

Le principe kantien de la publicité. La publicité judiciaire renvoie à la question fondamentale du fondement du pouvoir politique envisagé comme provenant du peuple souverain, c'est-à-dire, dans une vision autonomisée, du citoyen détenteur d'une parcelle de cette souveraineté. Dès lors, la transparence est le corollaire d'une obligation « *redditionnelle* »[359] : rendue au nom du Peuple, la Justice doit rendre des comptes à ce Peuple, qui s'autonomise dans chacun des citoyens. Le droit européen est l'héritier de la pensée de Kant selon laquelle le pouvoir n'est légitime que s'il agit ouvertement et en expliquant les raisons de son action. « *Chaque prétention juridique doit pouvoir être rendue publique ; et comme il est très aisé de juger dans chaque cas, si les principes de celui qui agit supporteraient la publicité, cette possibilité même peut servir de critérium purement intellectuel, pour reconnaître par la raison seule, l'injustice d'une prétention juridique.* »[360] Sans publicité dit Kant, il n'est « *point de justice, puisqu'on ne saurait concevoir que comme pouvant être rendue publique, sans elle, il n'y aurait donc pas non plus de droit, puisqu'il ne se fonde que sur la justice.* »[361] La publicité est aussi un « *principe transcendant* »[362], qui permet de valider une norme et d'en modifier la substance : elle transforme, par une conception procédurale de la vérité et la force de l'assentiment populaire, l'intérêt général en droit. « *Toutes les maximes qui, pour avoir leur effet, ont besoin de publicité s'accordent avec*

---

[358] Cour EDH, 31 juillet 2001, *Refa Partisi « Parti de la Prospérité » et autres c. Turquie, préc.*, § 43.

[359] C'est-à-dire l'obligation de rendre compte. Cette expression est particulièrement employée par les Canadiens francophones pour traduire le mot anglais d'*accountability* en matière de gestion publique. La définition du Vérificateur général du Canada pour obligation redditionnelle est, par exemple : « *L'obligation de rendre compte est l'obligation imposée à un gestionnaire de démontrer qu'il a géré ou contrôlé, en conformité avec certaines conditions explicites ou implicites, les ressources qui lui ont été confiées* » : http://www.gnb.ca/OAG-BVG/1996/chapt1if.pdf

[360] KANT Emmanuel, *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg, Nicolovius, 1796, p. 100.

[361] *Ibid.*, pp. 99-100.

[362] *Ibid.*, p. 112.

la morale et la politique combinées »[363] écrit Kant. La publicité est donc une épreuve décisive pour toute norme juridique ou décision judiciaire : « *Toutes les actions relatives au droit d'autrui, dont la maxime n'est pas susceptible de publicité sont injustes* ». Kant s'en explique : « *si elles ne peuvent produire leur effet qu'autant qu'elles sont notoires, il faut qu'elles s'accordent avec le but général du public, avec le bonheur : par conséquent, elles conviennent à la politique qui s'occupe à imaginer un état de chose, dont chacun puisse être content. Et si ce but ne peut être atteint que par la publicité des maximes qu'on propose, c'est-à-dire, qu'en écartant d'elles tout sujet de défiance, il faut encore qu'elles soient conformes aux droits du public : seul point de réunion où puissent se rassembler les fins particulières de tous* »[364].

La publicité chez John Rawls. L'idée est reprise par John Rawls, à la suite des théories de Rousseau, Kant et Locke, dans le cadre de sa vision contractuelle de la justice : « [l]*es deux concepts principaux de l'éthique sont ceux du juste et du bien* [...] *La structure d'une théorie éthique est donc largement déterminée par la manière dont elle définit et relie entre elles ces deux notions de base. Or, il semble que la façon la plus simple de les relier est celle qu'adoptent les théories téléologiques : le bien est défini indépendamment du juste et, ensuite, le juste est défini comme ce qui maximise le bien* »[365]. Il précise : « *La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejeté ou révisée si elle n'est pas vraie; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes. Chaque personne possède une inviolabilité fondée sur la justice qui, même au nom du bien être de l'ensemble de la société, ne peut être transgressée. Pour cette raison, la justice interdit que la perte de liberté de certains puisse être justifiée par l'obtention, par d'autre, d'un plus grand bien. Elle n'admet pas que les sacrifices imposés à un petit nombre puissent être compensés par l'augmentation des avantages dont jouit le plus grand nombre. C'est pourquoi, dans une société juste, l'égalité des droits civiques et des libertés pour tous est considérée comme définitive; les droits garantis par la justice ne sont pas sujets à un marchandage politique ni aux calculs des intérêts sociaux.* »[366] Ce qui, naturellement, l'amène à affirmer la nécessité du principe de la publicité judiciaire. Le « *caractère public que doivent avoir les principes de justice, est aussi*

[363] *Ibid.*, p. 113.
[364] *Ibid.*, p. 113.
[365] RAWLS John, Théorie de la justice, Paris, Seuil, 1997, p. 50.
[366] Ibid., pp. 29-30.

connoté par la terminologie du contrat, c'est-à-dire que, si ces principes sont le résultat d'un accord, les citoyens ont connaissance des principes suivis par les autres. Il est caractéristique des doctrines du contrat qu'elles insistent sur la nature publique des principes politiques [La publicité est] *la conséquence naturelle d'un point de vue contractuel sur la justice. Les partenaires posent que les principes qu'ils choisissent constituent une conception publique de la justice. Ils supposent que le savoir de chacun sur ces principes est exactement le même que si leur acceptation était le résultat d'un accord. Ainsi la conscience générale de leur acceptation universelle devrait avoir des effets souhaitable et soutenir la stabilité de la coopération sociale* […] *L'important dans la condition de publicité, est que les partenaires jugent la conception de la justice en tant que constituants moraux de la vie sociale publiquement reconnus et pleinement efficaces* »[367] .

La justice comme vertu morale primordiale dans un système procédural de mise en balance. Ronald Dworkin, pour sa part aboutit à des conclusions similaires dans sa théorie de « *l'interprétation constructive* » [368], pour expliquer que la morale joue forcément un rôle dans l'administration de la justice dès lors que les normes de droit ont été édictés à partir de concepts d'ordre moral. Nous le comprenons ainsi : le conflit entre normes nécessite un retour aux principes ; le principe est fondement ; le fondement est moral ; le concept moral arbitre en dernier lieu. Appuyant principalement sa réflexion sur le fonctionnement de la justice anglo-saxonne, il relève donc que l'élément moral est particulièrement important dans la jurisprudence américiane en cas de conflit de normes, entre lesquelles le juge va devoir arbitrer. Ce raisonnement est ancien, et nous le retrouvons, chez les philosophes grecs, au fondement même des principes posées pour la première fois au sujet de la justice. La morale est ce qui permet à Zeus de l'emporter sur les autres dieux. Partageant de manière équitable les attributs du pouvoir, dans une logique qui paraît un lointain écho à la théorie de John Rawls, il s'impose comme le souverain : « *bien comme il faut, sur chaque point, il a, aux immortels, fixé les usages à suivre et indiqué aussi les honneurs revenant à chacun* »[369]. Dès lors la Justice s'articulera autour des trois concepts fondateurs que sont les trois filles de Zeus et de Thémis : Diké (la justice dans ses aspects moraux et pénaux), Eunomié (la justice dans son aspect légal, fondée sur la loi) et Eiréné (la justice source de paix et d'ordre public). Or, il

[367] Ibid., pp. 43 et 165.
[368] DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 134. Pour un approfondissement dans le contexte européen : ALLARD Sophie, *Dworkin et Kant, réflexions sur le jugement*, collections de philosophie politique et juridique, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.
[369] HESIODE, *Théogonie- La naissance des dieux*, trad. Bonnafé, Paris, Rivages, 1993, note 8.

est remarquable d'observer que dans ce premier élan, principes moraux et matière pénale sont naturellement associés, ce qui induit tout aussi naturellement la publicité en terme de contrôle et d'arbitrage. Après tout, *Antigone* n'est que l'histoire du conflit entre Diké, Eunomié et Eiréné. La justice, profondément marquée par sa dimension morale, est la première des vertus républicaines nous enseigne Platon[370]. « *La justice est la vertu sans laquelle les autres vertus ou valeurs cesseraient d'être* »[371], ou comme l'écrivait Aristote reprenant Théognis de Mégare : « *La justice contient toutes les autres vertus* »[372].

Un concept procédural de mise en balance des intérêts en présence, tel que l'on peut le retrouver dans les systèmes anglo-saxons ou prônées par la Cour européenne des droits de l'homme, conduit donc à l'émergence de la personne du Juge au détriment de la force d'une règle figée par la loi, donc à l'exacerberation de la possibilité de l'arbitraire de ce juge, donc à la nécessité de son contrôle, donc à la nécessité de la publicité de son action. Relisons Aristote, notamment dans le livre V de son *Ethique de Nicomaque*. Dès lors que le philosophe grec lie l'idée de justice à celle de vertu cardinale, il aboutit preque mécaniquement à celle de la publicité de son administration. Certes, il ne théorise pas cette idée de la publicité, et ne l'exprime même pas de façon expresse, mais elle est bien là, qui sourd de chaque page, comme une évidence que l'auteur ne prendrait pas même le soin de souligner tant elle paraît aller de soi. Ainsi, la justice doit se manifester[373] à la multitude. Comment y parvenir sans publicité ? La justice est un « *bien qui ne nous est pas personnel, puisqu'elle intéresse les autres* »[374]. Comment écrire cela et tolérer une justice administrée secrètement ? Qu'est ce qui distingue la justice de la vertu, selon Aristote ? La justice se « *confond avec la vertu, mais en son essence elle est différente ; dans la mesure où elle a rapport avec autrui, elle est justice* »[375]. Bref, ce qui distingue la vertu de la justice, c'est la publicité. Ce qui fait l'essence de la justice, son caractère, sa définition : c'est la publicité !

La décision judiciaire à l'épreuve de sa publicité. La publicité peut donc être abordée de deux manières. L'une négative : une décision qui ne peut subir l'épreuve de la publicité doit être considérée comme injuste. L'autre positive : la publicité est un gage de bonne justice, surtout lorsque c'est la publicité seule, donc la force de l'assentiment du public, qui donne sa

[370] PLATON, La République, Livre I.
[371] CADIET Loïc, NORMAND Jacques, AMRANI MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris, « Thémis Droit », PUF, 2010, p. 54.
[372] ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, trad. Voilquin, Paris, Flammarion, 1992, p. 137.
[373] *Ibid*., p. 138.
[374] *Idem.*
[375] *Idem.*

force à la décision. La légitimité d'une norme est fondée en dernier lieu sur l'assentiment du public à qui elle s'applique. L'élaboration démocratique qui connaît la séparation des pouvoirs et l'intervention spécifique du législateur n'est qu'une technique procédurale parmi d'autres pour obtenir cet assentiment et donc cette légitimité. Cette dernière permet la stabilité de la norme, donc la sécurité juridique. Par ailleurs, le développement contemporain de la démocratie participative, aboutit à transformer l'institution judiciaire en « *véritable acteur du débat public* »[376], ce qui n'est pas sans poser au juge des questions de nature existentielle. La publicité des débats judiciaires n'est pas seulement destinée à informer les justiciables potentiels. Elle est également une créance que le juge judiciaire doit au peuple au nom duquel il rend la justice.

La fin de la parenthèse européenne. Il n'échappera à personne, cependant, que l'association de la publicité et de la justice pénale a subi une parenthèse, en France, à la fin de la période de l'Ancien régime. Nous avons déjà souligné que ce mouvement a accompagné l'émergence d'un pouvoir politique absolu, mais il est intéressant, également, de relever qu'il a éclos dans un contexte très particulier qu'était celui des tensions religieuses puis des guerres de religions. Nous n'avons dit, le principe même de l'inquisitoire est apparu à l'occasion de la répression de la contestation cathare. Plus tard, il s'est étendu lorsque la Réforme a conduit à repenser la notion du Bien et des moyens d'y parvenir. Dès lors s'est opéré en Europe, une inversion de la priorité à donner entre le Bien et le Juste. Le Juste, que représentait le norme, neutre, exprimée par le pouvoir souverain, l'emporta au détriment de la forme que chacun pouvait donner à l'idée de Bien. « *Avec Grotius, Pufendorf et Hobbes, le concept de justice, pour faire pièce aux aux guerres de religion, s'émancipe donc de la notion du Bien à laquelle il était subordonné aussi bien chez les philosophes grecs que dans la pensée chrétienne. Justice doit pouvoir être rendue indépendamment des fins dernières, éthiques ou religieuses, que poursuivent les sujets et le Prince* »[377]. Notons que cette approche a aussi eu pour effet de restreindre ou d'abolir, pour certains domaines, la liberté d'expression. C'est cette conception juridique qui est remise en cause, et nous dirions même parfois totalement balayée, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

[376] ROURE Sandrine, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, 2006, p. 741.
[377] CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI, *op. cit.*, p. 58.

L'apport contemporain de M. Habermas. M. le Professeur Habermas ajoute à la pensée kantienne : « *la pratique du secret sert la conservation d'un pouvoir fondé sur l'arbitraire (voluntas), la Publicité est au service d'une législation qui cherche à s'imposer en prenant pour base la raison (ratio)* »[378]. Dans *Droit et démocratie*[379], M. Habermas développe au sujet de la publicité judiciaire contemporaine l'idée d'une « *procédure légitimante* »[380]. Pour lui, les « *normes d'action* » sont des « *attentes de comportement généralisées, tant sur le plan temporel et social que sur le plan matériel* »[381]. La « *personne concernée* » par ces normes est « *quiconque est touché dans ses intérêts par les conséquences que, de manière prévisible, une pratique générale réglée par des normes est susceptible d'entraîner* »[382]. Sont donc valides, « *strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles.* »[383] Cette définition présente une proximité avec celle qu'il avait donné de « *l'éthique de la discussion* »[384], à savoir le principe « *selon lequel seules peuvent prétendre à la validité les normes qui pourraient trouver l'accord de tous les concernés en tant qu'ils participent à une discussion pratique* »[385]. La validité de la norme se fonde sur l'assentiment de ceux à qui cette norme s'applique ou est susceptible de s'appliquer. « *Seules sont imputables celles des normes pour lesquelles, dans le cercle des concernés, un assentiment pourra être trouvé de façon discursive* »[386] affirme M. le Professeur Habermas, qui ajoute, dans *Droit et démocratie,* que « *le droit légitime est généré par le pouvoir fondé sur la communication* »[387]. M. Habermas se distingue cependant de Kant en ce sens qu'il estime que la source de la validité de l'éthique de la discussion se situe en dehors de l'individu, dans un échange interactif avec les autres membres de la société, voire d'institution à institution, selon le principe de « *l'agir communicationnel* »[388]. Le débat public est pour lui un principe général – et une condition préalable – de légitimité. Seule la communication au

---

[378] HABERMAS Jürgen, *L'espace public*, trad. Marc de Launay, Paris, Payot, 2008, p. 63.
[379] HABERMAS Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratichen Rechtsstaats*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkramp Verlaag, 1992. Pour la traduction en français : HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, trad. ROCHLITZ Rainer et BOUCHINDHOMME Christian, Paris, Gallimard, 1997.
[380] HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie, op. cit.*, p. 46.
[381] *Ibid*., p. 124.
[382] *Ibid*., p. 124.
[383] *Ibid*., p. 123.
[384] Le concept d'éthique de la discussion s'est développé en Allemagne dans les années 1970, à la suite des théories de Schopenhauer, Heidegger, Hegel et surtout Kant, par les travaux de Jürgen Habermas et Karl-Otto Appel. Appel et Habermas, qui ont collaboré sur le sujet, se revendiquent tous deux de la pensée de Kant.
[385] HABERMAS Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, trad. HUNYADI Mark, Paris, Flammarion, 2006, p. 17.
[386] *Ibid*., note de bas de page n° 6, p. 17.
[387] HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie, op. cit*., p. 188.
[388] HABERMAS Jürgen, *Théorie de l'Agir communicationnel, rationalité de l'agir et rationalité de la société*, trad. SCHLEGEL Jean-Marc, Paris, Fayard, 1987.

sein de l'espace public est capable de susciter l'assentiment, c'est-à-dire l'approbation démocratique des décisions prises. Habermas précise : « *dans les cas de normes valides, les conséquences et les effets secondaires qui d'une manière prévisible découlent d'une observation universelle de la norme dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun doivent pouvoir être acceptées sans contrainte par tous.* »[389]

Pour la Cour européenne des droits de l'homme : « *Il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie. La loi ayant pour fonction d'établir des distinctions sur la base de différences pertinentes, il ne saurait y avoir de réelle prééminence du droit sur une longue période si les personnes soumises aux mêmes lois n'ont pas le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre* »[390].

Dans ce raisonnement, l'activité judiciaire doit, comme les autres, respecter le principe d'éthique de la discussion pour fonder sa légitimité démocratique. Pour M. le Professeur Habermas, tout système juridique moderne en démocratie, fait donc étroitement s'imbriquer l'autonomie privée et publique de l'individu, les droits de l'homme et le principe de la souveraineté populaire. Selon lui, d'ailleurs, *« les droits de l'homme et le principe de souveraineté populaire constituent les seules idées à la lumière desquelles le droit moderne peut encore être justifié.* »[391]

Dans le même temps, « *le juge fait désormais partie intégrante de la vie démocratique* »[392], et c'est aussi vers le juge que les attentes du public se tournent désormais, renvoyant les tribunaux à de nouvelles responsabilités[393]. Cette évolution est indissociable du principe de publicité envisagé sous un double aspect : celui de la reconnaissance du droit des citoyens à participer, par leur contrôle, aux décisions relatives à la société dont ils font partie. Celui de la reconnaissance d'un débat public pouvant prendre la forme, dans le respect de l'éthique de la discussion, d'une « *judiciarisation* » de ce débat, surtout lorsque cette possibilité apparaît comme une meilleure garantie du respect des intérêts en présence[394]. Si l'idée démocratique est intimement liée à celle de publicité judiciaire, la reconnaissance de la première comme un

---

[389] HABERMAS Jürgen, *De l'éthique de la discussion, op. cit.*, p. 17.
[390] Cour EDH, 31 juillet 2001, *Refa Partisi « Parti de la Prospérité » et autres c. Turquie* [Troisième section], Req. n° 41340/98, 42342/98, 41343/98, § 43.
[391] HABERMAS, *Droit et démocratie, op. cit.*, p. 115.
[392] GARAPON Antoine, « La Révolution invisible », *Les Petites Affiches*, 9 novembre 1998, n° 134, p. 4.
[393] A ce sujet la déclaration conjointe dite « *de Bordeaux* » de 2009, « *Juges et procureurs dans une société démocratique* », du Conseil consultatif des juges européens et du Conseil consultatif des procureurs européens à l'attention du Comité des ministres du Conseil de l'Europe : Conseil de l'Europe, Avis n°12(2009) du CCJE et Avis n°4(2009) du CCPE.
[394] Dans ce sens : ROURE Sandrine, *«* L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires, une judiciarisation du débat public *»*, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, 2006, p. 739. Mme Roure défend notamment l'idée que c'est le débat public qui s'adapte à son environnement judiciaire, et non l'inverse.

principe fondateur de l'ordre juridique contemporain entraîne forcément des conséquences sur la seconde.

Au moins deux applications peuvent être tirées, pour le procès pénal, de cette idée générale d'une procédure « *légitimante* » démocratiquement. La première est « *heuristique* », et implique que la solution juridique émerge au fil de la discussion, en tant qu'expression d'une vérité acquise de manière procédurale rencontrant l'assentiment des participants et du public. La seconde, classique dans les pays de droit civil, est celle de l'application d'une norme déterminée par le pouvoir législatif ; la légitimité de la norme découlant alors du respect du principe de l'éthique de la discussion lors des délibérations de nature politique l'ayant fondée. Même dans cette hypothèse d'ailleurs, le principe heuristique n'est pas écarté. S'il ne s'applique pas à la substance de la norme elle-même, il portera tout de même sur les conditions de son application.

La publicité judiciaire s'avère donc nécessaire aussi bien à la première hypothèse qu'à la seconde. Dans une situation heuristique, le principe de la publicité s'applique dès lors qu'il s'agit de dégager une norme commune, susceptible de s'appliquer à tous[395]. Dans une situation d'application d'une norme établie par le Législateur, le principe de la publicité s'applique en raison du pouvoir d'interprétation du tribunal, qui dispose « *toujours inévitablement* » d'une « *certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire*. »[396] Selon Geny, dès lors que la loi est l'expression de la volonté générale, le juge ne doit pas excéder son pouvoir en termes d'interprétation, « *il ne peut et ne doit s'en servir, que pour éclairer le diagnostic du législateur, non pour commander et rectifier cette volonté…* »[397] L'idée démocratique veut aussi qu'une attention, au moins aussi soutenue, soit portée à la manière dont on applique la loi qu'à celle dont on l'a faite, principalement lorsque des atteintes importantes peuvent être décidées à l'encontre des droits et libertés des individus, comme c'est le cas en matière pénale.

La publicité, moyen de contrôle du respect de la « *norme fondamentale* » de Hans Kelsen.

La publicité du procès pénal permet de montrer ce qui est, ou tout du moins ce qui semble être. Cette publicité rend donc possible un contrôle extérieur à l'institution judiciaire, par la

[395] Ce qui ne vaut pas pour toutes les matières. Lire par exemple, les critiques de Habermas lui-même sur ce qu'il considère comme une restriction des libertés par l'extension à certaines situations, notamment en matière pédagogique et familiale, du système juridictionnel d'Etat, de la procédure judiciaire et de l'application de normes juridiques contraignantes : HABERMAS Jürgen, *Théorie de l'agir communicationnel*, t.2, *op. cit*. p. 409.

[396] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN Charles, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999, p. 336.

[397] GENY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé*, t. 1, 2e éd. Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1919, p. 265.

comparaison de ce qui est – ou ce qui semble être –[398], avec ce qui devrait être. C'est donc un élément essentiel d'un processus de régulation démocratique. Elle permet aussi de s'assurer, par l'expérience de l'application de la loi, que cette dernière, dans ses règles de fond et de forme, respecte les intérêts supérieurs que toute norme commune doit garantir. Cette approche se retrouve, dans une certaine mesure, chez Hans Kelsen lorsqu'il évoque la « *norme fondamentale* »[399] coiffant sa pyramide des normes, même s'il pensait que cette norme fondamentale n'était qu'une « *hypothèse* »[400], sinon une fiction. L'évolution contemporaine du droit européen doit cependant inciter à reconsidérer ce propos, puisque, nous l'avons vu, c'est en véritable norme fondamentale qu'a été érigé le principe de dignité humaine dans notre droit contemporain. Celui-ci, organisé selon le principe de la hiérarchie des normes kelsenienne, connaît aussi un contrôle démocratique de la norme juridique relativement à la norme fondamentale grâce au principe de la publicité. Ou dès lors que, comme le souligne M. le Professeur Vergès dans sa thèse, « *les principes juridiques occupent une place originale dans le système du droit. Ils sont au commencement de cet ordre et, en conséquence, à la charnière entre le juridique et le fondement du juridique* »[401], la publicité permet le contrôle de l'ordre juridique au regard du fondement du juridique.

Une nécessité de publicité renforcée par la déritualisation contemporaine de la justice. « *Le rituel judiciaire subit désormais un double pénomène de « désolennisation » et de « déritualisation ». Ce mouvement dual s'explique par une politique criminelle conjoncturelle fondée sur la conception qu'a le législateur des nécessités de l'instant de la justice pénale et par un mouvement législatif de fond visant à mettre en valeur les règles de procédure permettant au procès pénal de répondre aux canons européens des droits de l'homme* » écrit M. François Desprez, dans sa thèse « *Rituel judiciaire et procès pénal* »[402]. L'autorité de la justice pouvait être, par le passé, fondée sur le caractère sacré de celle-ci, fondée notamment sur des rites empruntés à l'Eglise catholique. Cette approche, qui fondait l'autorité de la justice sur le caractère sacré de celle-ci, avait le mérite, pour l'époque,

---

[398] BENTHAM Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, trad. DUMONT Etienne, Paris, Bossange, 1823, p. 150 : « [Q]*uel que soit l'effet de la publicité sur cet extérieur du juge, il ne peut être que salutaire pour la justice de ses décisions. Il y a un appel continuel de son tribunal à celui de l'opinion publique.* »

[399] *Grundnorm*.

[400] KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 265. Kelsen excluait cependant que cette norme fondamentale puisse se trouver dans le droit international, ni dans des principes métaphysiques comme Dieu ou la Nature.

[401] VERGES Etienne, *Les principes directeurs du procès pénal- Etude d'une catégorie juridique*, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, décembre 2000, p. 20.

[402] DESPREZ François, *Rituel judiciaire et procès pénal*, « Bibliothèque des sciences criminelles », tome 46, Paris, LGDJ, 2009, p. 483.

d'évacuer toute forme de discussion dans une société traversée par les tensions religieuses. Ecoutons, à ce propos, le Chancelier d'Aguesseau dans sa neuvième mercuriale, prononcée à l'occasion de la Saint-Martin en 1706[403]. Sur l'autorité du juge, tout d'abord, découlant du caractère pratiquement religieux de sa fonction : « *L'éclat de la pourpre dont il est revêtu ; les honneurs que l'on rend à sa dignité* […] *le silence respectueux de son tribunal, ce respect, cette sainte frayeur, et cette espèce de religion avec lequel on dirait que le timide plaideur y vient évoquer la puissance du magistrat ; enfin l'autorité suprême et le destin irrévocable des oracles qui sortent de sa bouche, tout semble l'élever au dessus de l'homme, et l'approcher de la Divinité. Il parle, et tout obéit à sa voix : il commande, et tout s'exécute* »[404]. Intermédiaire entre Dieu et les hommes, la figure du juge apparaît dans sa solennité et les rituels qui l'entoure, comme celle d'un ministre religieux dont les oracles ne sauraient être discutées, même si ces décisions ne sont pas expliquées. Car, évidemment, se cache derrière cette dévotion au juge une autre réalité : celle d'éviter à tout prix certains débats au sujet de l'idée même de vérité. Naturellement, d'Aguesseau ne peut s'empêcher de laisser poindre ce second aspect dans ses propos : « *Nous savons que la Providence permet quelquefois que des causes obscures fassent naître une espèce de guerre innocente entre les ministres de la justice, où tous les avantages paraissent également partagés, où l'on voit combattre la vertu contre la vertu, la doctrine contre la doctrine, l'expérience contre l'expérience, et où l'orgueil de l'homme, pleinement confondu, est obligé de reconnaître l'humiliante incertitude des jugements humains. Mais vouloir que l'esprit d'un seul magistrat, partagé comme par deux factions contraires, devienne le théâtre de cette guerre civile, et que, dans ce combat qui se passe, pour ainsi dire, entre lui et lui-même, il ne puisse jamais savoir de quel côté penche la victoire, c'est se laisser aller à une douce imposture, que l'amour de l'indépendance se plaît à former* »[405].

Or, dès lors que recule la ritualisation de la justice, son faste, sa sacralité et une autorité fondée sur une source de révélation quasi religieuse, progresse une autorité judiciaire fondée sur le respect des procédures et des principes directeurs du procès pénal. Pour M. Desprez, « *le juge a toujours puisé une partie de sa légitimité dans la forme : décision concrète et fondée sur le droit dans le cadre du litige qui est soumis au juge, indépendance et publicité ;*

[403] D'AGUESSEAU Henri François, « L'autorité du magistrat, et sa soumission à l'autorité de la loi », in *Œuvres choisies du Chancelier d'Aguesseau précédées d'une notice sur sa vie*, Paris, Firmin Didot Frères, 1850, pp. 85-94.
[404] *Ibid.* , p. 85.
[405] *Ibid*., pp. 86-87.

cependant, dorénavant, plus encore que l'application de la loi, c'est la référence aux principes procéduraux qui conditionnent une bonne justice »[406].

Transparence et publicité. La transparence est devenue, à la fin du XXe siècle, un élément essentiel de l'action gouvernementale et de l'administration publique. Elle concerne aussi la gouvernance des organisations privées, parfois sous la contrainte de la loi. C'est notamment le cas en matière financière, dès lors qu'un appel à l'épargne publique est réalisé. Ainsi, la loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1er août 2003 a-t-elle réagi à une crise de confiance des épargnants et des actionnaires en obligeant les dirigeants d'entreprise à rendre publiques certaines informations relatives à leur société[407]. En 2001, dans son *« livre blanc* » sur la « *Gouvernance européenne* »[408], la Commission des Communautés Européennes note : « *Les dirigeants politiques de toute l'Europe sont aujourd'hui confrontés à un véritable paradoxe. D'une part, les citoyens européens attendent d'eux qu'ils apportent des solutions aux grands problèmes de nos sociétés. D'autre part, ces mêmes citoyens ont de moins en moins confiance dans les institutions et la politique, ou tout simplement s'en désintéressent.* » [409] En conséquence, la Commission a décidé de modifier sa gouvernance en appliquant cinq principes[410] dont le premier est celui de l'« *ouverture* » : « *Les institutions devraient fonctionner de manière plus transparente. Avec les Etats membres, elles devraient pratiquer une communication active au sujet de ce que fait l'Union et des décisions qu'elle prend. Elles devraient employer un langage accessible et compréhensible par le grand public. Cela revêt une importance particulière pour améliorer la confiance dans les institutions complexes*. »[411] La Commission formule, pour motiver un « *mode de fonctionnement de l'Union plus transparent* », un principe qui, appliqué en l'espèce aux institutions européennes n'en a pas moins une portée générale : « *La démocratie dépend de la capacité des citoyens de prendre part au débat public. Pour ce faire, ils doivent pouvoir obtenir des informations fiables sur*

---

[406] DESPREZ, *op. cit*., p. 470.
[407] La loi française a suivi de quelques mois la loi *Sarbanes Oxley*, du 30 juillet 2002, qui a modifié le droit des Etats-Unis après le scandale Enron. Nous ne pouvons que relever les similitudes entre les deux textes, même si la loi française va moins loin dans ses dispositions que le texte américain. Le titre III de la loi du 1er août 2003 est intitulé « *Modernisation du contrôle légal et transparence* » et renforce le droit à l'information des actionnaires et des administrateurs, clarifie les règles de fonctionnement des sociétés et pose des exigences d'indépendance et de clarté des conditions financières d'intervention des commissaires aux comptes.
[408] Commission des Communautés Européennes, Gouvernance européenne : un livre blanc, Doc. COM (2001) 428 final, Bruxelles, 25 juillet 2001. La Commission définit la « *gouvernance* », par « *les règles, les processus et les comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs* […], *particulièrement du point de vue de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence.* », *Ibid*., p. 9.
[409] *Ibid*, p. 3.
[410] Ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence. *Ibid*, p. 12.
[411] *Ibid*, p. 12.

les affaires […] *et être en mesure de suivre en détail chacune des étapes du processus politique.* »[412] En France, pays qui a proclamé à la face du monde l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme[413]l'absence de transparence dans l'action publique est, pour des raisons historiques et culturelles, particulièrement prononcée. Les autorités gouvernementales le reconnaissent d'ailleurs elles-mêmes en écrivant : « *L'administration française a longtemps fonctionné conformément au principe du secret.* »[414] Cependant, si l'administration judiciaire doit se plier aux principes de la transparence publique, la Justice ne peut pas relever d'une administration comme les autres : chez elle, tout est symbole, ce qui n'est guère compatible avec une transparence totale. Et, dans l'arithmétique médiatique, la justice c'est le juge. « *La transparence offre un contact direct avec la réalité, travesti par aucune mise en scène, arrêté par aucune substance, obstrué par aucun filtre, retardé par aucun détour, ni perverti par aucune élaboration. La réalité doit pouvoir se voir toute nue,* sans mise en scène, voire sans mise en langage » écrit M. Garapon[415] qui précise que la transparence s'oppose à la publicité, cette dernière étant « *plus familière à la démocratie…elle est toujours le fruit d'un processus et tributaire d'un espace circonscrit, d'une coupure. Il ne peut y avoir de publicité que s'il y a une rampe, une barre, une rupture scénique qui sépare le spectateur de l'espace représenté* ». Dès lors, que la justice est envisagée comme pouvoir, elle doit cependant être représentée publiquement : *de non apparentibus, et non existentibus, eadem est ratio*[416].

La publicité, moyen de contrôle démocratique. Les « *valeurs sous-jacentes* »[417] de la Convention ainsi que l'affirmation comme sources de l'ordre juridique de principes directeurs du procès affirmés par la Convention, et affinés par la Cour, créent une situation où le contrôle peut s'opérer entre ce qui devrait être (la Norme fondamentale) et ce qui est (l'application de la loi). L'ampleur de la jurisprudence de la Cour européenne, qui finit au sujet de certaines questions par dessiner, arrêt après arrêt, les contours de véritables principes généraux, conduit d'ailleurs à énoncer de manière précise les valeurs fondamentales du système juridique, et à mettre le citoyen en capacité d'en contrôler l'application concrète grâce à la publicité judiciaire. La publicité, répétons-le, permet la comparaison entre le principe, la source du principe et son application. Elle est aussi un moyen de mettre en œuvre

[412] *Ibid*, p. 14.
[413] « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ».
[414] Site Internet « *Vie publique* » de la direction de l'information légale et administrative : http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/modernisation/attentes-usagers/comment-ameliorer-transparence-administration.html
[415] *Bien juger*, *op.cit*.
[416] Ce qui n'apparaît pas est comme ce qui n'est pas.
[417] Cour EDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie* [Grande chambre], Req. n° 58278/00, § 98.

la transparence du processus décisionnel, tel que les pays scandinaves la pratiquent[418], afin de susciter la confiance du public ou, comme l'écrivait Kant, de tenter d'écarter « *toute méfiance* », qui augmente, selon la théorie de Bentham, à mesure que le pouvoir s'accroît[419]. Bentham en déduisait, d'ailleurs, la suprématie de la justice apparente sur la justice réelle : « *Supposons, contre toute vraisemblance, qu'une justice secrète fût toujours bien administrée, qu'y gagnerait-on ? A peu près rien. L'intégrité serait dans le cœur des juges, l'injustice serait peinte sur leur front. Comment le public pourrait-il accorder le titre de justes à des hommes qu'il voit suivre un mode de conduite où l'injustice seule peut gagner, où la probité ne peut que perdre ? Le principal usage de la justice réelle est de produire la justice apparente : or, dans la supposition, il n'y aurait que la réelle, dont l'utilité est bornée ; il n'y aurait pas l'apparente, dont l'utilité est universelle. La racine serait dans la terre et le fruit n'en sortirait pas*. »[420]

La notion de « *contrôle du public* » par la publicité est intimement liée à la nature démocratique des Etats parties à la Convention. La transparence de l'action gouvernementale et celles des administrations dépendant de l'Etat est devenue[421], ces dernières années, un moyen de « *bonne gouvernance* », propre à éviter les dérives individuelles et systémiques. La publicité judiciaire n'est pas seulement un moyen de contrôler ce que l'institution judiciaire fait au nom du peuple souverain, elle est par essence ce contrôle, comme l'a souligné M. le Professeur Habermas : « *Le principe de Publicité est le principe de contrôle que le public bourgeois a opposé au pouvoir pour mettre un terme à la pratique du secret propre à l'Etat absolu. Créateur d'une véritable sphère publique, ce principe circonscrit, à partir du XVIIe siècle, un nouvel espace politique où tente de s'effectuer une nouvelle médiation entre la société et l'Etat, sous la forme d'une « opinion publique » qui vise à transformer la nature de la domination. A l'aide d'un ensemble institutionnel déterminé, qui permet le développement de discussions publiques d'intérêt général, il s'agit de soumettre l'autorité politique au*

---

[418] Pour la thèse selon laquelle cette transmission s'est réalisée peu à peu à partir de la défense au niveau européen, par les pays scandinaves, de leurs spécificités nationales : GRONBECH-JONSEN Carsten, *« The Scandinavian Tradition of open government and the European Union : problems of compatibility ? », Journal of European Public Policy*, vol. 5, 1998, pp. 185-199. - Pour une application européenne : art. 195 du Traité d'Amsterdam.

[419] BENTHAM Jeremy, *Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques*, vol. 1, trad. DUMONT Etienne, Paschoud, Genève, 1816, p. 32: « *Avancera-t-on comme objection contre le régime de publicité, que c'est un régime de méfiance ? Sans doute c'en est un , et toute bonne institution politique, n'est-elle pas fondée sur cette base ? De qui faudrait il se défier si ce n'est de ceux à qui vous donnez une grande autorité, avec de grandes tentations d'en abuser* ».

[420] BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires*, trad. DUMONT Etienne, vol. 2, 3e éd., Paris, Dumont, 1840, p. 277.

[421] Conseil de l'Europe, principe XI de la Recommandation.

tribunal d'une critique rationnelle. »[422] Or, comme l'indique le préambule de la Convention : le maintien des libertés fondamentales « *repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique* ». La publicité des débats judiciaires n'est pas la conséquence de ce régime démocratique ; elle y participe et l'a précédé, tout comme la publicité des débats parlementaires ou municipaux, qui sont des formes institutionnalisées d'un espace public permettant de conserver le principe démocratique. Nous noterons que cet espace peut aussi ne pas être institutionnel : Internet en est l'exemple le plus récent, et il suffit d'observer les évènements politiques survenus en 2011 et 2012 pour s'apercevoir que l'émergence de l'espace public constitué par Internet, comme jadis l'imprimerie pour l'Europe bourgeoise à laquelle fait référence Habermas, se situe en amont, et non en aval, des processus de démocratisation des sociétés. Dans notre « *société de défiance* »[423], le contrôle devient le principal acte citoyen, validant la thèse de Sismondi, selon lequel la clé de voûte du maintien d'une société démocratique – entendue à l'époque comme le contraire de la société d'Ancien régime – est la « *disposition constante à la résistance* »[424], disposition qui garantit la tenue de tout l'édifice en empêchant la dérive des institutions et la concentration du pouvoir entre les mains de quelques uns, voire d'un seul. Dès lors, le processus démocratique est un processus de défiance, la confiance se fondant notamment sur le contrôle et la possibilité de contrôle de l'action des magistrats.

La confiance du public dans l'institution judiciaire, but de la publicité. « *La publicité est l'un des moyens de conserver la confiance dans les cours et tribunaux* »[425] répète la Cour européenne des droits de l'homme. *« La confiance dans les institutions est d'autant plus grande que l'on sait que l'on peut contrôler et contester les autorités, via des dispositifs et des pratiques institués, et que celles-ci savent que cela est le cas et l'admettent comme normal* » avance Louis Quéré[426]. Le juge doit donc se garder de se mettre dans une situation qui aurait pour effet d'empêcher le contrôle de son action par le public ou, comme l'exprimait Bentham : « *J'ai peine à concevoir comment il se trouve des juges qui puissent se résoudre à se priver du grand appui de l'opinion publique ; j'ai peine à concevoir qu'on ose tenir*

---

[422] HABERMAS Jürgen, *L'espace public, op. cit.*
[423] ROSANVALLON Pierre, *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, Editions du Seuil, 2006, p. 11.
[424] SIMONDE DE SISMONDI Jean-Charles, *Etudes sur les constitutions des peuples libres*, Bruxelles, 1836, p. 230.
[425] Cour EDH, 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne* [Cour plénière], Req. n° 8273/78, § 25. - Cour EDH, 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie* [Cour plénière], Req. n° 7984/77, § 21.
[426] QUERE Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *Réseaux*, n° 132, 2005, p. 190.

l'équivalent de ce langage : « *Croyez aveuglément à mon intégrité : je suis au dessus de toute tentation, de toute erreur, de toute faiblesse ; moi seul je suis ma caution : accordez une foi implicite à des vertus plus qu'humaine. Le véritable honneur d'un juge consiste à ne jamais demander pareille confiance, à la refuser si on voulait la lui accorder à se mettre au dessus des soupçons en les empêchant de naître, et à donner au public entier la garde de sa vertu et de sa conscience* »[427].

Dans une opinion partiellement dissidente, les juges Jociene et Popovic notent que dans certaines situations sensibles, « *seule une décision publique est de nature à permettre aux personnes concernées de protéger de manière adéquate leurs intérêts légitimes, au besoin en attaquant la décision devant les tribunaux, et seule une décision publique peut exclure toute allusion négative concernant les actes accomplis par les autorités.* »[428].

La confiance dans les tribunaux est nécessaire dans une société démocratique, la protection de cette dernière, constituant le but et l'objet de la Convention au sens de son préambule. La Cour européenne juge que, lorsqu'une affaire est soumise à l'appréciation des tribunaux : « *Le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur ses conclusions de sorte qu'il puisse y avoir mise en cause de la responsabilité tant en pratique qu'en théorie, préservation de la confiance du public dans le respect par les autorités de la prééminence du droit, et prévention de toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux.* »[429]

Appliquée à la recherche de la confiance du public afin d'obtenir son assentiment à l'action engagée, il convient cependant d'être prudent, l'apparence livré pouvant rapidement relever de la manipulation. Habermas distingue ainsi, de manière générale, la « *publicité critique* » et la « *publicité de manipulation* » : « *A l' origine, la Publicité garantissait le lien qu'entretenait l'usage public de la raison aussi bien avec les fondements législatifs de la domination qu'avec un contrôle critique de son exercice. Depuis, elle est au service d'une domination qui s'exerce à travers le pouvoir de disposer d'une opinion non publique, ce qui aboutit à cette singulière équivoque : la « Publicité » permet de manipuler le public, en même temps qu'elle est le moyen dont on se sert pour se justifier face à lui. Ainsi la « Publicité » de domination prend elle le pas sur la Publicité critique.* »[430]

---

[427] BENTHAM Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823, pp. 154-155.
[428] Opinion partiellement dissidente des juges Jociene et Popovic sous Cour EDH, 15 mai 2007, *Ramsahai c. Pays-Bas* [Grande chambre], Req. n° 52391/99.
[429] Cour EDH, 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie* [Cinquième section], Req. n° 38361/97, § 140.
[430] HABERMAS Jürgen, *L'espace public*, Paris, Payot, 2008, p. 186.

Reste donc à observer de quelle manière la Cour européenne des droits de l'homme conçoit le principe de la publicité judiciaire, et ses limites, dans une société démocratique.

Chapitre II
La publicité de l'audience pénale dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

La formulation des arrêts *Axen* et *Pretto*. La position de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la question de la publicité est exprimée dans les arrêts *Axen*[431] et *Pretto*[432], rendus le même jour. La Cour y affirme nettement le rôle de la publicité comme moyen de « *contrôle du public* » dans une société démocratique. La formulation identique de ces deux arrêts est régulièrement reprise dans de nombreuses autres décisions[433] : « *La publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6-1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6-1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention* ».

L'intérêt du justiciable, dans une perspective de protection de la liberté individuelle, y est d'abord affirmé, mais c'est l'intérêt public de la publicité que la Cour développe surtout dans son argumentation, rattachant le principe à celui de la confiance du public dans les tribunaux et à la forme démocratique qu'il convient de préserver pour notre société.

Plan. C'est donc au regard du procès équitable que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aborde la question de la publicité de l'audience envisagée comme un élément de contrôle permettant de protéger aussi bien les intérêts publics que privés. La Cour

[431] Cour EDH, 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne* [Cour plénière], Req. n° 8273/78, § 25.
[432] Cour EDH 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie* [Cour plénière], Req. n° 7984/77, § 21.
[433] Cour EDH, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse* [Cour Plénière], Req. n° 8209/78, § 26. - Cour EDH, 26 septembre 1995, *Diennet c. France*, Req. n °18160/91, § 33. - Cour EDH, 26 septembre 2000, *Guisset c. France*, Req. n° 33933/96, § 72. - Cour EDH, 15 juillet 2003, *Forcellini c. Saint-Marin*, Req. n° 34657/97, § 34. - Cour EDH, 6 juillet 2004, *Dondarini c. Saint-Marin*, Req. n° 50545/99, § 25.

envisage la publicité de l'audience pénale comme un moyen à la fois procédural et matériel de protection (section 1). Sa jurisprudence, toutefois, reconnaît que la publicité n'est pas bénéfique en toutes circonstances. Elle s'est donc, aussi, attachée à déterminer la portée du principe (section 2).

Section 1. La double protection du principe de la publicité de l'audience

Plan. Prescrite par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la publicité de l'audience pénale est un moyen de contrôle protecteur des intérêts des parties, du public et de la justice dans une dimension aussi bien procédurale (A) que matérielle des libertés individuelles et des droits fondamentaux (B).

§ 1. Un moyen procédural de protection

Les éléments du procès équitable européen. Le modèle européen « *du procès équitable* » a été très tôt défini par l'arrêt *Golder*, et la publicité de l'audience en fait partie : « *La Cour arrive ainsi, sans devoir recourir à des "moyens complémentaires d'interprétation" au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne, à la conclusion que l'article 6 par. 1* […] *consacre* […] *le "droit à un tribunal"* […]. *A cela s'ajoutent les garanties prescrites par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance. Le tout forme en bref le droit à un procès équitable.* »[434]

Plan. La publicité de l'audience judiciaire sert, dans l'intérêt général et celui des parties, à contrôler « *l'organisation et la composition du tribunal* », c'est-à-dire sa qualité (A) et « *le déroulement de l'instance* », c'est-à-dire la qualité de la procédure, y compris au regard du troisième paragraphe de l'article 6 de la Convention (B).

A. Le contrôle par la publicité de la qualité du tribunal

Le « *tribunal* » au sens autonome de la Convention. C'est selon le sens autonome de la Convention, tel qu'interprétée par la Cour, qu'il convient de définir « *le tribunal* » nécessaire à l'effectivité du procès équitable, dont la publicité est un des éléments constitutifs. Aux termes de l'article 6 § 1, ce tribunal doit être prévu par la loi, indépendant et impartial. De premiers critères relatifs au « *tribunal* » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, ont été donnés par la Cour dans l'arrêt *Ringeisen* en 1971[435]. Les juges de Strasbourg ont ensuite précisé leur pensée dans l'arrêt *Sramek* en 1984 en indiquant, dans une formule régulièrement reprise depuis, qu'un tribunal au sens de la Convention : « *s'analyse* […] *au sens matériel du terme : il lui appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence.* » [436] Cependant, ajoute la Cour, cela ne suffit pas : « *seul mérite l'appellation de tribunal un organe répondant à une série d'autres exigences – indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause,*

[434] Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 4451/70, § 36.
[435] Cour EDH, 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche* [Chambre], Req. n° 2614/65, § 95.
[436] Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche* [Cour plénière], Req. n° 8790/79, § 36. - Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse* [Cour plénière], Req. n° 10328/83, § 64.

durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 par. 1 »[437]

La publicité, moyen de contrôle des atteintes à l'indépendance du tribunal. Le « *droit* » à un « *tribunal indépendant* » fait partie des garanties du procès équitable posés par l'article 6 § 1 de la Convention. Le principe de l'indépendance judiciaire est également posé par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies. Pour établir si un tribunal *« peut passer pour « indépendant » aux fins de l'article 6 § 1, il faut notamment prendre en compte le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* »[438]. L'atteinte à l'indépendance d'un tribunal se caractérise notamment par la présence *« parmi ses membres* [d'] *une personne se trouvant* […] *dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties. »*[439]. Il ne peut y avoir de tribunal indépendant lorsque, par exemple, la peine est laissée à la discrétion d'un agent du pouvoir exécutif[440]. Un civil ne peut pas être jugé par un ou des militaires[441]. *A contrario*, sont indépendants les membres d'un conseil ordinal qui *« ne relèvent d'aucune autorité et ne sont soumis qu'à leur propre conscience* »[442]. Si cet impératif d'indépendance n'est pas rempli, un justiciable « *peut légitimement craindre* » que l'organe prenant une décision à son sujet « *ne se laiss*[e] *indûment guider par des considérations étrangères à la nature de sa cause* »[443]. Pour les juges de Strasbourg, une juridiction non indépendante vicie par nature et irrémédiablement les autres dispositions du procès équitable : « [U]*n tribunal dont le manque d'indépendance* […] *a été établi ne peut, en toute hypothèse, garantir un procès équitable aux personnes soumises à sa juridiction* »[444].

---

[437] Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* [Chambre], Req. n°6878/75, 7238/75, § 55.
[438] Cour EDH, 22 juin 1989, *Langborger c. Suède* [Cour plénière], Req. n°11179/84, § 32. - Cour EDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 22678/93, § 65. - Cour EDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 22107/93, § 73. - Cour EDH, 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 19178/01, § 37. Cf : Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 6878/75, 7238/75, § 55. - Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 7819/77, 7878/77, § 78. - Cour EDH, 2 septembre 1998, *Kadubec c. Slovaquie* [Chambre], Req. n°27061/95, § 56.
[439] Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche* [Cour plénière], Req. n° 8790/79, § 42.
[440] Cour EDH, 12 juin 2003, *Easterbrook c. Royaume-Uni* [3e section], Req. n°48015/99, §§ 26-28.
[441] Cour EDH, 12 mars 2003, *Ocölan c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 46221/99, § 113.
[442] Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 8950/80, § 51.
[443] Cour EDH, *Inca*l, préc, § 72.- Cour EDH, 19 décembre 2006, *Türkmen c. Turquie* [2e section], Req. n° 43124/98, § 64.
[444] Cour EDH, 19 juin 2003, *Hulki Gunes c. Turquie* [Troisième section], Req. n° 28490/95, § 84. - Cour EDH, 8 juillet 1999, *Gerger c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 24919/94, § 65.

La publicité, moyen de contrôle de l'abus de son indépendance par le tribunal. L'indépendance n'est qu'un préalable : un tribunal qui n'est pas indépendant ne peut pas être impartial, mais un tribunal indépendant peut être parfaitement tyrannique. Il faut en effet prendre garde qu'une conception trop absolue de l'indépendance judiciaire ne conduise à une autre forme de despotisme, celle exercée par le juge lui-même. « [S]*i vous en abusez pour conclure qu'un juge doit être indépendant au point de n'avoir plus à rendre compte de sa conduite, de ne plus s'inquiéter de l'opinion publique, d'envisager son poste comme une propriété qu'il ne pourrait perdre que par des malversations avérées, vous en verrez bientôt les déplorables résultats dans la négligence de ses devoirs ou la hauteur et le despotisme de ses manières. Nous avons reconnu que la publicité était l'âme de la justice, et entre autres raisons, parce qu'elle tient le juge en présence de l'opinion publique, parce qu'elle agit en même temps comme un frein et comme un aiguillon* » écrivait Bentham[445]. Plus le juge est indépendant, plus la publicité de ses actes et de ses décisions doit être ample. L'une doit cheminer avec l'autre.

La difficile distinction entre l'indépendance et l'impartialité. Il est cependant parfois malaisé de distinguer l'indépendance de l'impartialité, difficulté que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît régulièrement en ne cherchant pas à forcément à les dissocier dans ses arrêts[446]. Il est vrai que l'on peut soutenir que la dépendance est une forme particulière de partialité, puisque celui qui est dépendant est absorbé par les intérêts de celui dont il dépend et devient donc partie, ce qui n'est pas compatible avec la fonction de juge[447]. Ce dernier ne peut pas, ne doit surtout pas, être intéressé par la décision qu'il prend. L'indépendance n'a de sens que si elle permet de créer les conditions de l'impartialité. Cette dernière doit se donner à voir et mériter la reconnaissance.

La publicité, moyen de contrôle de l'impartialité du tribunal. Un tribunal « *impartial* » est un élément du procès équitable que la publicité judiciaire aide à protéger. « *Le droit à faire juger du bien-fondé d'une accusation pénale par un tribunal indépendant et impartial*

---

[445] BENTHAM Jeremy, *De l'amovibilité des juges*, in *De l'organisation judiciaire et de la codification*, Œuvres de Jeremy Bentham, vol. 1, Bruxelles, Hauman, 1830, p. 29.

[446] Cour EDH, 28 octobre 1998, *Ciraklar c. Turquie* [Chambre], Req. n° 19601/92, § 38 : « *En l'espèce, il se révèle malaisé de dissocier l'impartialité de l'indépendance ; aussi la Cour les examinera-t-elle ensemble* ».- Cour EDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 22107/93, § 73.- Cour EDH, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas* [Grande chambre], Req n° 39343/98, 39651/93, 43147/98 et 46664/88, § 192.

[447] ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992, p. 145 : *« Dans la personne du juge, on cherche un tiers impartial* […] *Le juge maintient la balance égale entre les deux parties.* »

apparaît comme le symbole même de l'idée de démocratie appliquée au procès »[448] note Mme Koering-Joulin. Là où il n'y a pas d'impartialité, il n'y a pas de juge[449]. L'impartialité fait la dignité de ce dernier[450].

« *Souci majeur d'intérêt général* »[451], l'importance primordiale de l'impartialité comme vertu cardinale de tout système méritant le nom de justice est régulièrement rappelé par les organes du Conseil de l'Europe[452]. Cette impartialité peut se manifester sous plusieurs formes. Un magistrat impartial est, tout d'abord, nous l'avons dit, un magistrat indépendant. C'est ensuite un magistrat dont « *l'état d'esprit associe modestie, prudence, loyauté et honnêteté intellectuelle*[453], qui doit conduire à écarter du processus menant à sa décision les opinions préconçues et les préjugés. La Cour européenne définit d'ailleurs volontiers l'impartialité comme l'absence de préjugé personnel et de parti-pris[454]; ces deux dernières situations relevant du for intérieur du juge et non pas d'une contrainte extérieure qui renverrait la question à celle de l'indépendance. Cependant, note Mme la Professeure Frison-Roche : « *l'impartialité* […] *consiste non pas à cesser d'avoir des opinions personnelles ou de parvenir à une sainte désincarnation, mais plus simplement à être apte à être convaincu par un fait, un argument, une interprétation juridique qu'une partie va proposer au juge. Ainsi, ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat.* »[455]

Le souci de l'impartialité ne doit donc pas conduire le juge à l'inaction. L'impartialité n'est pas la passivité. Chez Kant, d'ailleurs, c'est même précisément cette absence de passivité qui distingue l'impartialité du préjugé[456]. Combattre le préjugé et le parti-pris demande un effort : celui de s'intéresser aux personnes présentes et à leurs arguments. Celui de se mettre à égale

---

[448] KOERING-JOULIN Renée, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme », *R.S.C.*, 1990, p. 765.

[449] L'impartialité est selon Mme Koering-Joulin, la « *vertu primordiale qui caractérise le juge* », *ibid.*, p. 767.

[450] *L'HOSPITAL* Michel, *Harangue au Parlement de Rouen* [1563], in *Œuvres complètes de Michel L'Hospital, Chancelier de France*, vol. 2, Paris, Boulland, 1824, pp. 67-69 *« Au demeurant, messieurs, prenez garde quand vous viendrez au jugement de n'y apporter point d'inimité, ne de faveur, ne de préjudice. Je veois beaucoup de juges qui s'ingèrent et veulent estre du jugement des causes de ceulx à qui ils sont amys ou ennemys* […] *Si ne vous sentez assez forts et justes pour commander vos passions, et aimer vos ennemys selon que Dieu commande, abstenez-vous de l'office de juges »*.

[451] Cour EDH, 25 juillet 2001, *Perna c. Italie* [Deuxième section], Req. n°48898/99, § 41.

[452] Recommandation Rec (94) 12 du 13 octobre 1994 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges.

[453] BOLARD Georges, « L'arbitraire du juge » in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, D. 2000, pp. 225-241.

[454] Cour. EDH, 26 février 2002, *Morris c. Royaume-Uni* [Troisième section], Req. n° 38784/97, § 58.- Cour EDH, 6 juin 2000, *Morel c. France* [Troisième section], Req. n° 34130/96, §§ 41 et 47.- Cour EDH, 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique* [Chambre], Req. n° 8692/79, § 30.

[455] FRISON-ROCHE Anne-Marie, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53.

[456] « *La tendance à une raison passive, par conséquent à l'hétéronomie de la raison, s'appelle préjugé…* » : KANT Emmanuel, *Observations sur le sentiment du beau et du sublime*, in *Critique du jugement suivi des observations sur le sentiment du beau et du sublime*, Paris, Ladrange, 1846, p. 229.

distance des parties en se libérant de son positionnement initial, qui était déterminé par de multiples facteurs dont ses propres pensées, son passé, son environnement, son éducation, son milieu social, etc. Combattre le préjugé et le parti-pris implique donc un changement de position, qui est mouvement. Le mouvement est action. Or, l'action présente la caractéristique de se voir, ce qui rend les attitudes concrètes du magistrat susceptibles d'une appréciation de la part de la personne jugée et d'un contrôle de la part du public à travers la publicité de la procédure. L'impartialité est une remise en cause, par le juge, de ses pensées et de ses positions antérieures. Dès lors, l'apparence d'impartialité s'apparente à l'impartialité effective, l'indépendance et l'impartialité se traduisant par des comportements concrets les manifestants L'impartialité d'un tribunal peut « *s'apprécier de diverses manières* »[457]. La Cour l'étudie selon « *une double démarche* »[458]. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi rappelé, dans un arrêt de 2009, que « [s]*elon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective* […] *et aussi selon une démarche objective* […] ».[459] La méthode vaut pour tous les tribunaux, que ses membres soient des magistrats professionnels ou non[460].

La démarche subjective d'appréciation de l'impartialité. « *La démarche subjective* » de la Cour européenne des droits de l'homme tend à déterminer « *ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance »*[461], ou encore à *« déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière* »[462]. La Cour présume l'impartialité subjective du magistrat, mais c'est une présomption simple [463]. Cette présomption vaut à titre individuel pour le juge[464], et à titre collectif pour une juridiction de jugement composée de plusieurs membres[465]. [L]*orsqu'il échet de déterminer l'impartialité d'un tribunal au sens de l'article 6 § 1* » la démarche subjective conduit la Cour à « *tenir compte* […] *de la conviction et du comportement personnels du juge en telle occasion* »[466], ou

[457] Mêmes arrêts.
[458] Cour EDH, *Incal c. Turquie* [Grande chambre], précit., § 65.
[459] Cour EDH, 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte* [Grande chambre], Req. n° 17056/06, § 93.
[460] Cour EDH, 25 novembre 1993, *Holm c. Suède* [Chambre], Req. n°14191/88, § 30.- Pour l'atteinte à l'impartialité d'une cour d'assises en raison de l'attitude raciste d'un juré : Cour EDH, 23 avril 1996, *Remli c. France*, [Chambre], Req. n° 16839/90, § 46.
[461] Cour EDH, *Piersack*, préc. § 30.
[462] Cour EDH, *Kyprianou*, préc., § 118.- Cour EDH, *Lindon* etc., préc. § 75. Le juge doit être désintéressé.
[463] Cour EDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark* [Cour plénière], Req. n° 10486/83, § 47.- Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 94.
[464] Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven, De Meyere c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 6978/75, 7238/75, § 58.
[465] Cour EDH, 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre* [Grande chambre], Req. n° 73797/01, § 119.
[466] Cour EDH, 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse* [Deuxième section], Req. n° 33958/96, § 42.

dans une autre formulation proche, à tenir compte « *de la conviction personnelle et du comportement de tel juge* »[467]. « *Quant au type de preuve requis* » pour apprécier une partialité subjective du tribunal, la Cour « *a par exemple cherché à vérifier le bien-fondé d'allégations selon lesquelles un juge avait témoigné d'une hostilité ou malveillance quelconque envers l'accusé ou, mû par des motifs d'ordre personnel, s'était arrangé pour obtenir l'attribution d'une affaire.* »[468] Même si elle étudie systématiquement les affaires qui lui sont soumises sous l'angle de l'impartialité subjective, la Cour utilise très peu cette appréciation pour constater une situation d'impartialité, lui préférant l'approche objective. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme soupçonne un tribunal d'être partial selon sa démarche subjective, elle cherchera à confirmer son appréciation par la démarche objective.

La démarche objective d'appréciation de l'impartialité. *« Dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions relatives à l'impartialité, la Cour a eu recours à la démarche objective* » rappelle la juridiction européenne[469]. L'appréciation objective consiste à fonder une décision sur « *des faits vérifiables* »[470] autorisant à suspecter l'impartialité d'un tribunal. Pour être « *objectivement impartial* », un tribunal doit « *offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.* »[471] La Cour a adopté une méthode prenant en considération « *l'optique de la personne concernée* »[472] ou « *l'optique de celui qui met en cause l'impartialité* »[473]. Ces formulations récentes ouvrent un champ d'application plus large au principe que celle d'optique « *de l'accusé* » utilisée jusque là[474]. Cet élément « *entre en ligne de compte, mais ne joue pas un rôle décisif* ». Il ne s'agit que d'un début de preuve, imparfait et impropre à emporter à lui seul une décision. Il faut que le sentiment de la personne en cause soit corroboré par des éléments objectifs. Il est donc « *déterminant* » de

---

[467] Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 93.
[468] Cour EDH, *Kyprianou*, préc., § 119.- Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique* [Chambre], Req. n° 9186/04, § 25 : « *Rien n'indique, notamment, que dans des affaires antérieures* [le juge] *ait témoigné d'une hostilité ou d'une malveillance quelconque envers M. De Cubber* […] *ni qu'il ait « finalement obtenu » par des motifs étrangers aux règles normales de distribution des causes, d'être chargé de chacune des trois instructions ouvertes en 1977 à l'égard de ce dernier* ».
[469] Cour EDH, *Micaleff*, préc. § 95.
[470] Cour EDH, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas* [Grande chambre], Req. n° 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, § 191.Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 96.
[471] Cour EDH, *Piersack*, préc., § 30.- Cour EDH, *Incal*, préc., § 65.- Cour EDH, 20 mai 1998, *Gautrin et autres c. France* [Chambre], Req. n° 21257/93, § 58.- Cour EDH, 26 février 2002, *Morris c. Royaume-Uni* [Troisième section], Req. n° 38784/97, § 58.- Cour EDH, *Findlay*, préc., § 73.- Cour EDH, 10 juin 1996, *Pullar c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 22399/93, § 30.
[472] Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 96.
[473] Cour EDH, 6 janvier 2010, *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne* [3e section], Req. n° 74181/01, § 115.
[474] Cour EDH, Wettstein, préc., § 44.- Cour EDH, 7 août 1996, *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* [Chambre], Req. n° 19874/82, § 58.- Cour EDH, *Hauschildt*, préc., § 48.

« *savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées* »[475].

B. Le contrôle par la publicité de la qualité de la procédure

La prise en compte de la procédure de manière globale. Si le procès équitable est d'abord pensé, pour son volet pénal, pour la phase décisoire, une procédure est faite de phases successives. Faut-il que les éléments du procès équitable soient respectés à chacune d'elle ?
La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a rapidement penché pour une « *appréciation globale* »[476] de la procédure, appréhendant son équilibre dans sa totalité et non étape par étape. C'est « *l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne* »[477] qui est pris en compte, la Cour examinant si les garanties que sont l'équité, la publicité et la célérité[478] sont bien respectées au terme de la procédure. Ainsi, « *pour déterminer si les intérêts de la justice exigeaient* » une garantie à un stade particulier de la procédure « *on doit avoir égard à l'ensemble de l'affaire.* »[479] La Cour examine *« la question de savoir si, considérée dans son ensemble, la procédure a revêtu un caractère équitable* »[480].

Les exigences du procès équitable pendant la phase d'instruction. Certaines circonstances peuvent amener à rapprocher les décisions prises pendant la phase préparatoire de celles de la phase décisoire. Il en est particulièrement ainsi lorsque les législations nationales, afin de lutter contre les recours abusifs à la détention provisoire, exigent du juge une motivation spéciale fondée sur les faits de l'espèce, après un débat contradictoire, ce qui est de plus en plus fréquent dans les législations modernes. Dans l'affaire *Hauschildt*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'un magistrat ayant pris des décisions en matière de détention provisoire ne présentait plus des garanties suffisantes d'impartialité pour pouvoir siéger dans l'affaire pendant la phase décisoire : « *la Cour ne peut qu'attribuer une importance spéciale à un fait : dans neuf des ordonnances prorogeant la détention provisoire de M. Hauschildt, le juge Larsen s'appuya explicitement* » sur un article de loi exigeant que le maintien en détention ne soit décidé ou confirmé que s'il existait « *des raisons plausibles de croire qu'il a*

[475] Cour EDH, *Hauschlidt*, préc., § 48.- Cour EDH, *Wettstein*, préc., § 44.- Cour EDH, *Ferrantelli*, préc., § 58. Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 96.
[476] Cour EDH, 9 avril 1984, *Goddi c. Italie* [Chambre], Req. n°8966/80, § 28.
[477] Cour EDH, 2 mars 1987, *Monnel et Morris c. Royaume Uni* [Chambre], Req. n° 9562/81, 9818/82, § 56.
[478] Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni* [Cour plénière], Req. n°4451/70, § 35.
[479] Cour EDH, 28 mars 1990, *Granger c. Royaume Uni* [Chambre], Req. n°11932/86, § 46.
[480] Cour EDH, 1er juin 2010, *Gafgen c. Allemagne* [Grande Chambre], Req. n° 22978/05, § 50.

commis une infraction » et qu'il présente un danger de fuite, de réitération d'une infraction, ou encore d'atteinte aux preuves ou aux témoins[481].

Dès lors qu'une décision prise en amont de la phase décisoire est susceptible de déterminer l'issue de la procédure en matière d'accusation pénale, l'esprit de ce raisonnement procédural conduit donc à entourer cette décision des garanties du procès équitable, publicité de l'audience y compris. A l'inverse, si la décision peut être réformée ultérieurement, si l'erreur ou l'abus peut être redressé, c'est l'audience au cours de laquelle cette réformation sera possible qui apparaît comme déterminante, et qui doit donc être protégée par la plénitude des éléments constituant le modèle du procès équitable. Cette prise en compte, pour la Cour européenne des droits de l'homme, s'inscrit dans sa technique générale d'appréciation *in globo* des procédures. La juridiction n'exclut pas la phase préparatoire de son raisonnement général.

Les exigences du procès équitable pendant la phase d'enquête. Le moment où apparaît « *l'accusation* » au sens autonome de la Convention peut se situer bien en amont de la phase décisoire : « *dans le cheminement habituel des poursuites pénales, l'accusation ne fait pas de doute à partir du moment où l'autorité compétente exprime sans équivoque qu'elle tient l'individu pour l'auteur du fait reprochable. Tel est le cas à dater de la citation directe par le parquet, ou de l'inculpation par le juge d'instruction*. »[482] Dans l'arrêt Deweer, les juges de Strasbourg ont même estimé que « *le caractère pénal que l'affaire revêt au regard de la Convention ressort* […] *sans ambiguïté d'un faisceau d'indices concordants* », alors qu'il n'y avait en l'espèce encore aucune poursuite engagée[483]. La Cour a précisé la notion, autonome au sens de la Convention, d'accusation qui « *pourrait se définir comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale*. »[484]

Concernant la question des preuves, la Cour souligne « *l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès*. »[485]

Le volet pénal de l'article 6 § 1 prévoit la mise en œuvre des garanties du procès équitable pour les instances relatives au « *bien-fondé de toute accusation en matière pénale* ».

---

[481] Même arrêt, §§ 20 et 33.

[482] SOYER Jean-Claude et DE SALVIA Michele, « Article 6 », in *Convention européenne des droits de l'homme, commentaires article par article*, Litec, 1999, p 256.

[483] Même arrêt, § 46.

[484] Cour EDH, 27 février 1980, *Deweer c. Belgique* [Chambre], Req. n° 6903/75, § 46.

[485] Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 36391/02, § 54.

Les exigences du procès équitable après la décision définitive. Dans son arrêt *Hornsby contre Grèce*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « [L]*'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article (art.6)* »[486]. Le droit « *d'accès à un tribunal », élément du procès équitable, serait « illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie.* »[487]

La publicité associée au principe de la discussion contradictoire des preuves et moyens de nature à emporter la conviction. L'*audiatur et altera pars* est un principe émergeant à l'article 6 § 3 de la Convention, qui proclame le droit de l'accusé « *à interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ». La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que ces éléments du troisième paragraphe de l'article 6 relevaient du principe du procès équitable et s'appliquaient de manière large[488], y compris au civil[489] alors que les dispositions ne sont énoncées que pour un « *accusé* ».

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence de publicité est étroitement liée à celle de l'effectivité du contradictoire. Ainsi, dans l'arrêt *Engel*, à peine la Cour a-t-elle relevé l'existence de « *débats contradictoires* » qu'elle s'interroge sur la question de savoir si les accusés ont « *pâti* » de l'absence de publicité de l'audience[490]. Dans l'arrêt *Barbera*, elle tire la conclusion d'un respect de l'article 6 § 1 du fait que les audiences disputées se sont déroulées de manière « *publique et contradictoire* »[491].

Le droit à une procédure contradictoire, au sens de l'article 6 § 1, « *implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* »[492].

---

[486] Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce* [Chambre], Req. n° 18357/91, § 40.
[487] *Idem.*
[488] Cour EDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie* [Chambre], Req. n° 6694/74, § 32.- Cour EDH, 6 mai 1985, *Bönisch c. Autriche* [Chambre], Req. n° 8658/79, § 29.
[489] Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande* [Chambre], Req. n° 6289/73, § 26.- Cour EDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer c. Pays-Bas* [Chambre], Req. n° 14448/88, § 32.
[490] Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* [Cour plénière], Req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, § 89.
[491] Cour EDH, *Barbera etc.* c. *Espagne*, préc., § 80.
[492] Cour EDH, *Meftah et autres c. France* [Grande chambre], Req. n° 32911/96, 35237/97 et 34595/97, § 51.

Dans sa forme aboutie, le procès équitable implique que les preuves, qui seront déterminantes dans la décision du tribunal, soient discutées librement et contradictoirement devant un tribunal indépendant et impartial, sous le contrôle du public : « *l'ensemble des preuves doivent en principe être produites en présence de l'accusé, dans le cadre d'une audience publique et contradictoire* »[493]. Ainsi, le fait que « *des éléments de preuve très importants* » ne soient « *pas produits et discutés de manière adéquate à l'audience, en présence des accusés et sous le contrôle du public* » ne respecte pas les exigences du procès équitable et emporte violation de l'article 6 de la Convention[494]. « *Il s'agit là d'une exigence minimale qui, comme toutes celles imposées par les autres clauses de l'article 6 § 3, doit être satisfaire à l'égard de tout accusé*. »[495]

Dans l'affaire *Martinie*, alors que le gouvernement français soutenait que le principe du contradictoire avait été respecté malgré l'absence d'audience publique[496], la Cour européenne a réaffirmé le droit à une telle audience[497]. La possibilité, pour la personne poursuivie, d'être présente à l'audience décidant du fond de l'affaire, dans le cadre d'une procédure contradictoire et publique est, par ailleurs, un principe « *fondamental* » garanti par l'article 6 § 1 de la Convention[498].

La publicité, moyen de contrôle du respect des droits de la défense et de l'égalité des armes. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « *les droits de la défense* » et le « *principe de l'égalité des armes* » sont « *des éléments de la notion plus large du procès équitable* »[499], qu'il convient de soumettre à l'épreuve du contrôle par le public[500].

La publicité, garante du respect des formes. Pour Benjamin Constant, c'est parce que « *l'arbitraire ne peut se motiver, puisqu'il suppose l'absence des faits et des preuves qui*

---

[493] Cour EDH, 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche* [Troisième section], Req. n° 35115/97, § 40.

[494] Cour EDH, 13 juin 1994, *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne* [Cour plénière], Req. n° 10588/83, 10589/83, 10590/89, § 89. Dans l'affaire Kamasinski, la Cour a déclaré compatible avec l'article 6 la tenue non publique d'une audience en appel, notamment parce cette audience n'impliquait pas un nouvel examen des preuves, et ne décidait ni de la culpabilité ni de l'innocence de l'accusé : Cour EDH, 19 décembre 1989, *Kamasinski c. Autriche* [Chambre], Req. n° 9783/82, §§ 107 et 108.

[495] Cour EDH, 2 novembre 2010, *Vaquero Hernandez et autres c. Espagne* [Troisième section], Req. n° 1883/03, 2723/03, 4058/03, § 124.

[496] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [Grande chambre], Req. n° 58675/00, §§ 32 et 33.

[497] Même arrêt, § 42.

[498] Cour EDH, 8 février 2000, *Stefanelli c. Saint-Marin* [Deuxième section], Req. n° 35396/97, § 19.

[499] Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 12005/86, § 24. - Cour EDH, 26 mai 1988, *Ekbatani c. Suède* [Cour plénière], Req. n° 10563/83, §§ 14 et 30.

[500] Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, préc., § 29.

auraient rendu la loi suffisante » qu'on « *prétend que le secret est indispensable* »[501]. « [L]*arbitrair*e […] *est l'absence des règles, des limites, des définitions, en un mot, l'absence de tout ce qui est précis* »[502]. Pour Constant, qui plaidait pour « *l'observance des formes* »[503], « [l]*'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire, c'est la publicité* »[504] et « [l']*arbitraire ne résiste jamais à la publicité* »[505]. Cette dernière permet de contrôler l'action du tribunal afin d'éviter les abus de la corruption[506], du despotisme ou de l'oppression[507]. La Commission a eu l'occasion de dire que « [l]*e caractère public des audiences, au cours desquelles il est statué sur la culpabilité et l'innocence, garantit que le public est dûment informé et que le déroulement de la procédure judiciaire peut être observé publiquement.* »[508] « [S]*i, malgré la publicité de l'examen et du débat, tant d'irrégularités sont commises fréquemment dans l'instruction orale des affaires criminelles, le défaut de publicité ne tarderait pas à détruire dans la pratique toutes les règles écrites* », écrivaient déjà voici près de deux siècles Le Graverend et Duvergier[509].

---

[501] CONSTANT Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, tome 4, Paris, Plancher, 1818, pp. 83-84.
[502] CONSTANT Benjamin, *De la force du gouvernement. Des réactions politiques. Des effets de la Terreur*, Paris, Editions du Boucher, 2002, p. 99.
[503] « *Il y a dans les formes quelque chose d'imposant et de précis qui force les juges à se respecter eux-mêmes et à suivre une marche équitable et régulière* » : CONSTANT Benjamin, *Principes de politique*, in *Œuvres de Benjamin Constant*, « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1951, p. 1235.
[504] CONSTANT Benjamin, *Observations sur le discours prononcé par S.E. le ministre de l'Intérieur en faveur du projet de loi sur la liberté de la presse*, 20 août 1814. 2e éd., Paris, Nicolle, 1814.
[505] CONSTANT Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, tome 2, Paris, Guillaumin, 1861, p. 488.
[506] Dès 1680, John Hawles présentait la publicité comme une garantie contre la corruption et les déviances des juges qu'il décrivait, en affectant de ne pas parler de l'Angleterre, comme *« most times mercenary, and creatures of prerogative ; sometimes malicious and oppressive ; and often partial and corrupt* » : HAWLES John, *The English-Man's Right : A Dialogue Between a Barrister at Law and a Jury-Man*, [1680], Londres, Free-School Whitechapel, 1844, pp.14-15. L'idée était profondément ancrée dans la doctrine anglaise, bien avant Blackstone et Bentham. Par exemple : FORTESCUE John, *De Laudibus Legum Angliae* [écrit à la fin du XVe s, publication posthume], trad. AMOS Andrew, Cambridge, Butterwort, 1825, particulièrement chapitres XXI à XIX pour la procédure par jury.
[507] Condorcet avait défini l'oppression de la manière suivante : « *Il y a oppression lorsqu'une loi viole les droits naturels, civils et politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics dans son application à des faits individuels. Il y a oppression lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la constitution.* » : CONDORCET Nicolas de, *Projet de Déclaration des Droits naturels, civils et politiques des Hommes, présenté à la Convention nationale*, au nom du Comité de Constitution, article 32, in LANJUINAIS Jean-Denis, *Constitutions de la Nation française*, volume 2, Paris, Baudouin, 1819, pp. 243 et 244. - Blackstone, dont la pensée sera déterminante dans l'élaboration de la constitution des Etats-Unis, craignait, lui, les abus des juges dès lors que ceux-ci étaient appointés par le pouvoir royal, « *more is to be apprehented from the violence and partiality of judges, appointed by the crown, in suits between the king and the subject* » : BLACKSTONE William, *Commentaries on the laws of England*, 4ème livre, vol. 2, Philadelphie, Childs and Peterson, 1860, p. 349
[508] *Jan-Åke Andersson c. Suède*, 29 octobre 1991, § 27, série A no 212-B. Avis de la Commission, § 48.
[509] LE GRAVEREND Emmanuel, DUVERGIER Jean-Baptiste, *Traité de législation criminelle*, vol. 5, 3e éd., Bruxelles, Tartier, 1833, p. 95.

La publicité, moyen d'accéder à la vérité. Le droit d'une personne poursuivie à une audience publique représente « *une garantie* […] *de plus que l'on s'efforcera d'établir la vérité* »[510], estime la Cour européenne des droits de l'homme. L'idée, relativement à la qualité de la procédure, que la découverte de la vérité découle de la publicité des débats est plutôt anglo-saxonne et doit être rapprochée de la conception protestante de la liberté d'expression, que nous aborderons un peu plus loin. Ici touche-t-on certainement aux différences fondamentales séparant systèmes inquisitoire et accusatoire, mais aussi, plus largement, à deux conceptions radicalement différentes de l'idée même de vérité judiciaire. Dans le système inquisitoire, la vérité est le fruit d'une quête individuelle, qui éclot dans la conscience d'un individu sous « *la seule inspiration de ses impressions et de ses réflexions personnelles* »[511]. Dans le système accusatoire, elle est le résultat d'une procédure observable publiquement, et doit sa force à la mise en concurrence d'opinions divergentes librement exprimées dans un débat contradictoire. Dès le XVe siècle, Fortescue estimait que la preuve de la culpabilité devait être administrée publiquement[512]. Hale, au début du XVIIIe siècle, avançait que la présence du public augmentait la véracité d'un témoignage[513], soumis par ailleurs à l'interrogatoire des juges, jurés et de toutes les parties au procès. Hawles ajoutait que les éléments livrés « *in open court* » pouvaient être éclairés, confirmés ou contredits par toute personne pouvant intervenir comme « *amicus curiae* ». La preuve administrée publiquement était pour Hawles, une « *invitation pour toutes les personnes, qui peuvent informer la cour concernant la question à juger, de venir devant la cour, et y être entendues.* »[514] Ces arguments ont été repris scrupuleusement par Bentham, au sujet des témoins : « [L]*a publicité de l'interrogatoire excite en eux toutes les facultés de l'esprit qui concourent à produire un exposé fidèle, en particulier l'attention, si nécessaire aux opérations de la réminiscence. La solennité de la scène les prémunit contre leur légèreté ou*

---

[510] Cour EDH, 25 juillet 2000, *Tierce et autres c. Saint-Marin* [Première section], Req. n° 24954/94, 24971/94, 24972/94, § 92.- Cour EDH, 6 juillet 2004, *Dondarini c. Saint-Marin* [Deuxième section], Req. n° 50545/99, § 25.

[511] SERVAIS Jean, « Rapport du Comité de Législation pour l'instruction contradictoire », *Revue de Droit Pénal*, 1914, p. 102.

[512] FORTESCUE John, *De laudibus legum Angliæ*, London, Evans, 1775, p. 88 Ce texte a été écrit vers 1470 pour l'instruction d'Edward, prince de Galles, mais n'a été publié que le siècle suivant.

[513] HALE Matthew, *The History of the Common Law in England*, Chicago, University of Chicago Press, 1971, p. 164. Ce livre reprend le texte complet de la troisième édition de 1739.

[514] Nous traduisons. Le texte original est : « [A]*n invitation to all persons, who can inform the court concerning the matter to be tried, to come into the court, and they shall be heard*. » Cité in HERMAN Susan, *The Right to a speedy and public Trial , A Reference Guide to the United States Constitution*, n° 16, Londres, Jack Starch, 2006, p. 24. Cet argument est repris dans une note de bas de page dans l'opinion majoritaire du Juge Black dans le premier arrêt d'importance de la Cour suprême des Etats-Unis concernant le droit à une audience publique garanti par le sixième amendement de la Constitution américaine : Cour suprême des Etats-Unis, *In Re Oliver*, 333 U.S. 257 (1948).

leur indolence […] *Mais le grand effet de la publicité est sur la véracité du témoin. Le mensonge peut être audacieux dans un interrogatoire secret ; il est difficile qu'il le soit en public, cela est même extrêmement improbable de la part de tout homme qui n'est pas entièrement dépravé. Tous ces regards dirigés sur un témoin le déconcertent s'il a un plan d'imposture ; il sent qu'un mensonge peut trouver un contradicteur dans chacun de ceux qui l'écoutent.* »[515] Avant d'ajouter, dans les pas de John Hawles : « *La publicité a un autre avantage général : en appelant un plus grand intérêt sur telle ou telle cause, il peut en résulter différents moyens de preuves qui auraient été enfouis si la cause eût été ignorée.* »[516] Cette conviction que la publicité de l'audience, de la production des preuves et des témoignages sert la vérité, dans l'intérêt des parties, est profondément ancrée dans la tradition anglo-saxonne. Dans l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis, *in Re Oliver* en 1948[517], nous pouvons ainsi lire : « *la méfiance anglo-américaine traditionnelle au sujet des procès secrets a été diversement attribuée à l'utilisation notoire de cette pratique par l'Inquisition espagnole, aux excès de la Cour anglaise de la Star Chamber et à l'abus de la lettre de cachet par la monarchie française. Evidemment, toutes ces institutions symbolisaient une menace pour la liberté, chacune d'elle est devenue un instrument pour la répression des hérésies politiques et religieuses au mépris impitoyable du droit de l'accusé à un procès équitable.* »[518] Ce propos est à comparer, pour comprendre le fossé qui sépare les deux cultures, au résumé de l'esprit du principe inquisitorial, fait par le ministre de la Justice français dans une circulaire de 1897 : « *Les auteurs du Code d'instruction criminelle avaient considéré le secret de l'instruction comme indispensable à la manifestation de la vérité. Ils pensaient que l'inculpé devait, jusqu'à la clôture de l'information, rester seul, sans appui, ni conseil en face du juge chargé de rechercher et de réunir les preuves de son innocence ou de sa culpabilité* »[519].

La théorie européenne de l'apparence. Omniprésente dans le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, la théorie de l'apparence commande que la justice ne doit pas seulement être rendue, il faut aussi que le public puisse voir qu'elle l'a été. L'adage

---

[515] BENTHAM Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823, pp. 146-147.
[516] *Ibid.*, p. 148.
[517] Contemporaine, donc, de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme de l'O.N.U. et de la Convention européenne des droits de l'homme.
[518] Cour suprême des Etats-Unis, *in Re Oliver*, 333 U.S. 270 (1948). Nous traduisons : « *The traditional Anglo-Saxon distrust for secret trials ascribed to the notorious use of this practice by the Spanish Inquisition, to the excesses of the English Court of Star Chamber, and to the French monarchy's abuse of the lettre de cachet. All these institutions obviously symbolized a menace to liberty. In the hands of despotic groups, each of them had become an instrument for the suppression of political and religious heresies in ruthless disregard of the right of an accused to a fair trial* »
[519] Circulaire du ministre de la Justice du 10 décembre 1897, D.P. 1897.4.129.

anglais qui résume cette pensée, *« justice must not only be done : it must also be seen to be done »*, est régulièrement cité par la jurisprudence de la Cour[520]. Le principe a été exprimé dans la jurisprudence britannique dès 1924 comme l'expression d'un droit naturel[521] par le Juge Hewart qui avait indiqué qu'il était d'une importance fondamentale que la justice soit non seulement rendue mais qu'il soit montré « *manifestement et indubitablement* » qu'elle l'avait été. Dans son arrêt *Micaleff*, la Cour européenne des droits de l'homme a traduit l'adage anglais par « *il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous* »[522]. La justice ne doit donc pas être seulement rendue, elle doit l'être publiquement. Il doit être possible de le voir, « *au vu* », et d'en prendre connaissance, « *au su* ».

Dans une procédure, *« même les apparences peuvent revêtir de l'importance* »[523] estiment les juges de Strasbourg qui soulignent qu'il faut prendre garde qu'elle ne puisse *« paraître sujette à caution* »[524]. Pour prévenir ce danger, la jurisprudence a développé une théorie européenne de l'apparence « *eu égards aux exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes ainsi qu'au rôle des apparences dans l'appréciation de leur respect* »[525].

Il peut arriver, en effet, qu'une décision juste, rendue par un tribunal impartial et indépendant respectant l'égalité des armes et les droits de la défense, soit perçue comme injuste en raison du mystère qui entoure son élaboration. La décision a été rendue correctement d'un point de vue technique, mais n'atteint pas sa finalité sociale, affaiblie par la suspicion que l'apparence des conditions de sa formation entraîne. Or, la finalité de l'intervention du juge, pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reprenant à son compte le raisonnement du Juge Hewart, est qu'il soit montré que la justice a été rendue, et pas seulement qu'elle l'ait été. Dans l'arrêt *Borgers contre Belgique*, la Cour a insisté sur

---

[520] Voir notamment, Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume Uni* [Chambre], Req. n° 7819/77, 7878/77, § 81 pour la Cour et § 77 pour l'avis de la Commission.- Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique* [Chambre], Req. n° 9186/80, § 26.- Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique* [Chambre], Req. n° 2689/65, § 31 : « *Si l'on se réfère à l'adage justice must not only be done, it must also be seen to be done* ».- Cour EDH, 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte* [Grande Chambre], Req. n° 17056/06, § 98.- Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique* [Cour plénière], Req. n°12005/86, § 3.

[521] *R v Sussex Justices, Ex Parte McCarthy* ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233). L'expression exacte utilisée par le Lord Chief Justice Hewart dans cette affaire relative à une récusation d'un greffier en situation de conflit d'intérêt dans un dossier d'accident de la route est : «*But while that is so, a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.*"

[522] Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 98.

[523] Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber*, préc., § 26.

[524] Même arrêt, § 27.

[525] Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, préc., § 29.

« *l'importance attribuée aux apparences et* [sur] *la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice.* »[526]

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'œuvre de justice n'est pas faite si cela n'est pas montré, voire démontré. Son raisonnement a été confirmé dans l'arrêt *Kress contre France*[527]. Le contentieux portait sur la nature des fonctions du commissaire du gouvernement dans la procédure administrative. La Cour européenne des droits de l'homme a répété à cette occasion, que le juge doit absolument être un tiers indépendant et impartial. Surtout, elle a fondé son raisonnement d'un point de vue particulier : celui que l'on peut avoir depuis la salle d'audience, assumant une théorie de l'apparence clairement affirmée comme étant la prise en considération des sentiments du justiciable et du public : « [L]*a théorie des apparences doit aussi entrer en jeu : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du gouvernement pourrait être légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles. Pour la Cour, un justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative peut assez naturellement avoir tendance à considérer comme un adversaire un commissaire du gouvernement qui se prononce pour le rejet de son pourvoi. A l'inverse, il est vrai, un justiciable qui verrait sa thèse appuyée par le commissaire le percevrait comme son allié* »[528].

Un des éléments nécessaire à l'indépendance du tribunal exigée par l'article 6 § 1 de la Convention est le *« point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* »[529].

---

[526] *Ibid*., § 24.

[527] Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress. c. France* [Grande chambre], Req. n° 39594/98, §§ 81 et 82.

[528] Même arrêt, § 81. Pour une critique des abus que peut générer la théorie de l'apparence : « *si la femme de César doit être insoupçonnable, il n'a jamais été écrit qu'elle devait aller porteuse d'un tchadri afghan* » : CHABANOL Daniel, « Théorie de l'apparence ou apparence de la théorie, Humeurs autour de l'arrêt Kress » *AJDA*, 2002, p. 9 et s : « *La réalité* […] *réside aujourd'hui dans le développement de la méfiance généralisée à l'égard du travail juridictionnel, là où on pouvait penser que devait régner la confiance dans les juges à laquelle, in fine, il faut bien que les justiciables se rendent. Qui dit méfiance dit règles permettant de l'écarter, accroissement des contraintes processuelles, lesquelles font oublier que la mission du juge est d'abord de donner aux questions de fond une réponse aussi pertinente que possible. Faut-il préférer un juge respectueux de cette mission ou un juge contraint à l'inefficacité au bénéfice du respect de règles qui n'ont d'autre objet que de rassurer tout plaideur, quels que soient ses fantasmes, quant à l'absence totale de toute apparence de partialité ? Les commentaires généreusement diffusés par les connaisseurs de la jurisprudence administrative donnent à penser que le droit qui a découlé de cette jurisprudence répond, dans l'ensemble, à la mission du juge. On ne peut alors que s'étonner de la satisfaction et parfois de la délectation avec lesquelles sont accueillies les mises en cause, par la Cour de Strasbourg, du mode de fonctionnement de cette juridiction administrative, comme si la jurisprudence n'était pas le fruit de ce mode de fonctionnement.* »

[529] Cour EDH, 22 juin 1989, *Langborger c. Suède* [Cour plénière], Req. n°11179/84, § 32. - Cour EDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 22678/93, § 65. - Cour EDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 22107/93, § 73. - Cour EDH, 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 19178/01, § 37. Cf : Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 6878/75, 7238/75, § 55. - Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 7819/77, 7878/77, § 78. - Cour EDH, 2 septembre 1998, *Kadubec c. Slovaquie* [Chambre], Req. n°27061/95, § 56.

La Cour européenne pose donc comme principe, pour que soit prise en compte la question de la qualité du tribunal ou de la procédure, qu'il est nécessaire de raisonner en se mettant à la place du public et du justiciable, à commencer par la personne poursuivie. La théorie européenne de l'apparence est une vision sur la procédure portée depuis les bancs de la salle d'audience. Par ailleurs, ces qualités exigées pour la réalisation de l'article 6 de la Convention doivent pouvoir se contrôler. Il est donc nécessaire que la composition du tribunal soit connue du justiciable et du public. Une audience tenue par des juges anonymes ne satisfait pas l'article 6 § 1 de la Convention, car une telle procédure crée l'apparence d'une juridiction désirant se soustraire au contrôle du public[530].

La Cour européenne peut ainsi écrire que la notion de procès équitable *« a connu dans la jurisprudence de la Cour une évolution des plus notables, marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice.* »[531] Il ne faut cependant pas donner une force excessive à ce raisonnement de la Cour, car cette dernière exige aussi, rappelons le, que les appréhensions des justiciables puissent passer pour objectivement justifiées[532].

[530] Cour EDH, 20 janvier 2011, *Vernes c. France* [Cinquième section], Req. n° 30183/06, § 42.
[531] Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 12005/86, § 24.
[532] Cour EDH, 23 avril 1986, *Remli c. France* [Chambre], Req. n° 16839/90, § 46.- Cour EDH, 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c. Portugal* [Chambre], Req. n° 15651/89, § 35.- Cour EDH, 26 février 1993, *Padovani c. Italie* [Chambre], Req. n° 13396/87, § 27.- Cour EDH, 20 mai 1998, *Gautrin et autres c. France* [Chambre], Req. n° 21257/93, 21258/93 , 21259/93, § 58.- Cour EDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie* [Grande chambre], Req. n°22678/93, § 71.

§ 2. Un moyen matériel de protection

L'autonomie des termes de la Convention. La Cour européenne s'est libérée de toute idée d'interprétation restrictive pour poser le principe de l'autonomie des termes de la Convention au regard de ceux des législations internes des différents pays contractants.

Ainsi, « [l]*a place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* » peut conduire la Cour « *à opter pour une conception matérielle et non formelle de* »[533] certains termes déterminants de l'article 6 § 1. Devant interpréter un texte, c'est à partir et selon le sens autonome des termes de ce texte qu'elle a fondé sa jurisprudence. Il s'agit donc pour la Cour d'aller « *au-delà des apparences et* [d']*analyser les réalités de la procédure en jeu* »[534]. Dans l'arrêt *Airey*, les juges de Strasbourg expliquent, par exemple, que « *si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention.* »[535] . La Cour européenne des droits de l'homme s'est donc trouvée en situation d'étendre par sa jurisprudence le domaine de la garantie de l'article 6 § 1 à des domaines et à des moments de la procédure qu'une lecture trop littérale du texte, qui n'envisage les garanties du procès équitable que pour les « *contestations sur* [l]*es droits et obligations de caractère civil* » et au sujet « *du bien-fondé de toute accusation en matière pénale* », n'aurait pas laissé imaginer. Cette interprétation téléologique, nous l'avons vu, a principalement pris en considération le préambule de la Convention.

Selon une formule inlassablement répétée depuis une trentaine d'années, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle que la Convention « *a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »[536].

---

[533] Cour EDH, 27 février 1980, *Deweer c. Belgique* [Chambre], Req. n°6903/75, § 46.
[534] Cour EDH, 26 mars 1982, *Adolf c.Autriche* [Chambre], Req. 8269/78, n° § 30.
[535] Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* [Cour plénière], Req. n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71, § 81.
[536] Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande* [Chambre], Req. n° 6289/73, § 24.

Une interprétation validée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette possibilité de création prétorienne de règles a suscité des critiques, comme celle du juge Matscher[537] qui estimait qu'un retour vers les Etats contractants était nécessaire pour valider certaines solutions nouvelles dont l'établissement dépassait, à son sens, les pouvoirs de la Cour, fût-elle celle des droits de l'homme. Ces réticences ne sont plus d'actualité puisque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée la première fois le 7 décembre 2000, possède une valeur contraignante depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009. Ce texte[538] valide la jurisprudence de la Cour en déclarant dans son préambule que « [l]*a présente Charte réaffirme* […] *les droits qui résultent notamment* […] *de la jurisprudence* […] *de la Cour européenne des droits de l'homme* ». L'article 47 § 2 de cette Charte dispose, par ailleurs : « *Toute personne a droit a ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ». Ces termes impliquent un domaine d'application des règles du procès équitable, publicité comprise, plus large que l'accusation pénale et le contentieux sur des droits et obligations en matière civile. La Charte s'inscrit, de plus, dans le processus dynamique qui était déjà celui de la Cour européenne en posant que les règles doivent évoluer puisqu'il s'agit de « *renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements technologiques et scientifiques* »[539]. Par ailleurs, le texte précise dans son article 52 § 3 que « [d]*ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* », cette dernière devenant un standard minimum de droit commun, dès lors que la Charte ajoute que « [c]*ette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue*. »

Plan. Le recours à l'article 6 de la Convention doit donc être étudié particulièrement pour son rapport avec l'article 3, qui énonce la garantie contre le recours à la torture et aux mauvais traitements (A) et avec l'article 5, qui transcrit dans la Convention le principe de l'*habeas corpus* (B).

---

[537] Opinion séparée sous l'arrêt Engel.
[538] Journal officiel de l'Union européenne, 14 décembre 2007, 2007/C 303/1, pp. 1-16.
[539] Préambule.

A. La publicité et la protection contre la torture et les mauvais traitements

Une garantie pensée de façon matérielle dès l'origine. Lorsqu'il évoque pour la première fois en septembre 1949, au sein du Conseil de l'Europe, ce qui deviendra le principe du procès équitable dans la Convention, Pierre-Henri Teitgen ne décrit pas encore une procédure pénale envisagée de son point de vue formel, mais en proclame la finalité matérielle dont l'intérêt même réside dans son effectivité en toutes circonstances. Au sortir de la guerre, les protections à accorder à la personne humaine sont de nature matérielle, réelle, palpable : la protection légale doit assurer «… *l'immunité contre toute arrestation, détention et exils arbitraires* »[540]. Il s'agit d'empêcher l'abus de pouvoir, de retenir le bras du tortionnaire, de ne pas laisser un être humain, seul et sans appui, sous la domination arbitraire d'un autre, de ne pas voir se reproduire ce que sa génération venait de connaître. Dans l'échelle des garanties à apporter, celle relative à la protection contre la torture et les mauvais traitements arrive en premier. La question se pose donc naturellement de savoir si la publicité contribue à rendre effective cette protection.

La prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme proclame : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». L'article 7 du Pacte de 1966 de l'O.N.U. prohibe le recours « *à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». Cette prohibition est également posée par deux textes ratifiés par la France : la Convention de New York contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (O.N.U.) [541], et la Convention pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987 (Conseil de l'Europe)[542].

---

[540] Conseil de l'Europe, Doc. INF (5) F, p. 7.

[541] O.N.U., Résolution A/RES/39/46 adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1984. - La France a ratifié la Convention avec une réserve au sujet de l'article 30, se déclarant non lié par le premier paragraphe de cet article pour ce qui concerne les modes de règlement des différends entre Etats. O.N.U., *Recueil des traités*, vol. 1465, p. 85. La France a ratifié le 16 septembre 2005 le protocole facultatif à la Convention, adopté par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 18 décembre 2002 et entré en vigueur le 22 juin 2006, qui prévoit l'institution d'un sous-comité chargé d'inspecter les lieux de détention dans les pays parties : O.N.U., Doc. A/Res/57/199. - O.N.U., *Recueil des traités*, vol. 2375, p. 237.

[542] Conseil de l'Europe, Doc. CPT/ Inf/C (2002) 1.

L'Assemblée générale des Nations unies a défini[543] la torture comme étant « *une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants.* »[544] La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais fourni de définition précise du terme « *torture* », mais elle a indiqué que cette notion était susceptible d'évolution dans le temps, et a déclaré adhérer[545] à la définition de l'article 1er de la Convention de l'O.N.U. : « *[L]e terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aigües, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle, ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite* ».

Cette prohibition ne saurait connaître aucune exception, même dans les circonstances les plus extrêmes[546]. Dès lors qu'elle nie, par nature, la dignité humaine, elle ne saurait s'appuyer sur le moindre fondement juridique[547]. Cette « *prohibition absolue* » est « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* », l'article 3 « *ne ménage aucune exception* […] *on y voit d'ordinaire une norme internationalement acceptée.* » [548] Il s'agit, pour tout être humain, d'un droit intangible[549], c'est-à-dire d'un droit

---

[543] O.N.U., Résolution 3452 (XXX) adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 1975.

[544] Article 1er de la Résolution. Cette définition est reprise dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, 11 juillet 2000, *Dikme c. Turquie* [Première section], Req. n° 20869/92, § 93.

[545] Cour EDH, 10 octobre 2000, *Akkoç c. Turquie* [Première section], Req. n° 22947/93, § 115.- Cour EDH, 27 juin 2000, *Salman c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 21986/93, § 114.

[546] O.N.U., *Convention contre la torture...*, précité, Article 2 : « *2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture. 3. L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture* ». - Cour EDH, *Selmouni c. France*, précité, § 95 : la prohibition de la torture « *ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation* ». - En droit international, l'interdiction de la torture relève du droit coutumier international et est considéré comme *jus cogens* : CPI, *Procureur c. Furundzija*, 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/I-T. - CPI, *Procureur c. Kunarac*, 22 février 2001, affaire n° IT 96-23-T et IT 96-23/1, § 466. - La torture est interdite par les quatre Conventions de Genève de 1949. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale désigne comme un crime contre l'humanité les actes de torture perpétrés à l'occasion d'une attaque générale ou systématique engagée contre une population civile.

[547] Tel qu'érigé en principe absolu par l'article 1er de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[548] Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 14038/88, § 88.

[549] Dans la Convention, les droits intangibles sont garantis par les articles 7 (principe de légalité), 4 § 1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude), 3 (interdiction de la torture) et 2 (droit à la vie). MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 65.

fondamental d'une portée particulière qui ne peut en aucun cas être remis en cause par la technique de la mise en balance avec l'intérêt général.
La distinction faite par la Cour européenne des droits de l'homme entre la torture et les autres types de mauvais traitements est fondée sur la gravité et l'intensité des souffrances infligées, ainsi que sur la prise en considération d'éléments subjectifs relatifs à la victime[550].

La réception par le public de l'usage de la torture. Avant même sa traduction en droit, la prohibition de la torture a pour fondement la réprobation sociale que suscite son usage. Ce dernier était accepté sous l'Ancien régime et pendant l'Antiquité. La torture, comme moyen d'instruction judiciaire, pouvait alors très bien être administrée publiquement dans le cadre d'une procédure légale[551]. Par exemple, le système pénal accusatoire de la Grèce antique autorisait, à l'encontre des esclaves, la torture comme un mode de validation du témoignage[552] qui remplaçait le serment que l'esclave ne pouvait pas prêter[553]. Acte d'instruction, la validité de la torture comme moyen de preuve pertinent était alors rattachée aux principes du contradictoire et de la publicité ; le caractère public et contradictoire de la torture ajoutant même de la valeur aux propos de la personne soumise à la question[554]. La volonté de cacher la torture n'est apparue que lorsque celle-ci a été de plus en plus sujette à la réprobation sociale : un mode d'action judiciaire réprouvée socialement résiste difficilement à sa mise en lumière.

---

[550] Cour EDH, 29 avril 2004, *Pretty c. Royaume-Uni* [4eme section], Req. n° 2346/02, § 49. - Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 37201/06, § 127.- Cour EDH, 1er juin 2010, *Gafgen c. Allemagne* [Grande chambre], Req. n° 22978/05, § 87.

[551] CUCHEVAL Victor, *Etude sur les tribunaux athéniens et les plaidoyers civils de Demosthène*, Paris, Durand, 1863, p. 37 : « *Les instruments ordinaires dont on faisait usage étaient les verges et la roue. Le supplice avait lieu dans un endroit public ou dans la salle d'un tribunal, et ne manquait jamais d'attirer une foule nombreuse, avide de ce triste spectacle* ».

[552] DEMOSTHENE, *Contre Evergos*, cité par Cucheval, précité, p. 37 : « *L'arbitrage eut lieu dans l'Héliée, car c'est là que se réunissent les arbitres des tribus Oeneïdes et Erecthéide. Lorsqu'il y a défi entre les parties, surtout lorsqu'on livre un esclave à la torture, il y a beaucoup de curieux, et s'il l'avait voulu, il n'aurait pas manqué de témoins* ».

[553] DEMOSTHENE, *Plaidoyer de Demosthène contre Timothée*, in *Œuvres complètes de Démosthène et d'Eschine* : en grec et en français, vol. 10, Paris, Verdière, 1821, p. 110 et s., où la torture des esclaves est utilisée comme moyen de preuve dans un contentieux relatif au prêt d'une somme d'argent à Timothée par le père de Demosthène.

[554] ANTIPHON, *Plaidoyer sur le meurtre d'Hérode*, in *Orateurs et sophistes grecs*, Paris, Charpentier, 1842, p. 28 : *« Le deuxième esclave a été mis à la torture plusieurs jours seulement après le premier* […] *Ignorez-vous que ceux qui dirigent la question disposent de l'esclave qu'on interroge et le font parler à leur gré ? Et combien l'avantage est plus grand pour eux lorsque la scène se passe loin de celui contre lequel on dépose ! Si j'eusse été là, j'aurais dit à l'esclave, tu mens ! et, en ordonnant de prolonger la torture, je lui aurais fait rétracter ses calomnies. Mais, nos adversaires se trouvaient seuls maîtres de la question, seuls arbitres de leurs propres intérêts.* »

La protection du corps contre les abus de pouvoir. L'énonciation de l'idée d'une protection de la personne humaine, à commencer par le corps de cette personne, contre les abus de pouvoir de l'autorité publique coïncide en Angleterre avec l'idée de la publicité de l'action de cette même autorité publique. Dans ses *Commentaires*, William Blackstone voyait dans la publicité des procès une garantie essentielle contre l'usage en matière criminelle de contraintes socialement réprouvées : « [*T*]*outes nos accusations sont publiques, et nos procès se font à la face du monde, où la torture est inconnue…* » [555]. La même idée se trouve chez Thomas Smith[556]. Elle sera développée avec force sur le continent par Beccaria, pour qui le secret avec lequel était administrée la torture judiciaire était une preuve de l'immoralité de cette pratique : « *Mais que doit-on penser de ces cachots ténébreux, de ces lieux destinés à la torture, où la tyrannie de l'usage exerce en secret son obscure cruauté sur l'innocent comme sur le coupable ? »*[557]

Une présomption de fait fondée sur l'absence de publicité. La Cour européenne des droits de l'homme retient, par principe, que tout recours à la force physique dans une situation de privation de liberté, si ce recours n'a pas été rendu strictement nécessaire par la conduite de cette personne, est une atteinte à l'article 3 de la Convention[558]. Sa jurisprudence fait donc peser sur les services publics une présomption de responsabilité lorsqu'une personne privée de liberté est blessée ou tuée au cours d'une période de privation de liberté, particulièrement pendant celle où les violences commises par un agent public sont le plus à craindre : la garde à vue. La Cour s'en est notamment expliquée dans son arrêt *Rivas contre France* : « *les personnes en garde à vue sont en situation de vulnérabilité et* […] *les autorités ont le devoir de les protéger. Un Etat est responsable de toute personne placée en garde à vue, car cette dernière est entièrement aux mains des fonctionnaires de police. Lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, toute blessure*

---

555 BLACKSTONE William, *Commentaries on the laws of England: in four books; with an analysis of the work, Book the Fourth of Public wrongs*, vol. 2, [1ere éd., 1769], Londres, W. E. Dean, 1853, chap. I, p. 2. « [A]*ll our accusations are public, and our trials in the face of the world, where torture is unknown....* »

556 SMITH Thomas, *De Republica Anglorum : a discourse on the Commonwealth of England*, [1ere éd., 1583], version en anglais de Frédéric William MAITLAND, Londres, The University Press, 1906, p. 101 : « … *is done openlie, in the presence of the Judges, the Justices, the enquest, the prisoner, and so manie as will or can come so neare as to heare it s given aloude, that all men may here from the mouth of the depositors and witnesses what is saide*. »

557 *BECCARIA* Cesare, *Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien d'après la sixième édition , revue, corrigée et augmentée de plusieurs chapitres par l'auteur, [1ere éd., 1764], Paris, Bastien, 1773, pp. 82-83.

558 Cour EDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche* [Chambre], Req. n°18896/91, § 34. - Cour EDH, 28 octobre 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie* [Chambre], Req. n°24760/94, § 94.

survenue pendant cette période donne lieu à de fortes présomptions de fait »[559]. Ce raisonnement des juges de la Cour européenne les mènent donc à énoncer une présomption de fait (la responsabilité des policiers pour toute blessure survenue sur la personne d'un gardé à vue) fondée sur un seul élément : le caractère secret de la procédure. Les policiers sont présumés responsables des blessures « [l]*orsque les évènements en cause* […] *sont connus exclusivement des autorités* ». *A contrario*, donc, nous pouvons soutenir que le meilleur moyen de combattre cette présomption pour les forces de l'ordre est d'ouvrir la procédure au contrôle de tiers[560], voire de lui faire subir l'examen de la publicité.

B. La publicité et la protection du droit d'*habeas corpus*

Une conséquence de l'autonomie individuelle. L'affirmation par la société de la protection du corps face à la puissance publique, avec le rejet de la torture comme acte d'instruction, préfigure les sociétés individualistes et le développement du principe d'autonomie personnelle. La conséquence juridique de cette rupture avec le Moyen-âge a été *« l'avènement de l'individu indépendant dont l'interaction sociale doit respecter l'autonomie* », posant les soubassements de ce qui deviendra les droits de l'homme[561]. Les Anglais ont donc, très tôt, tiré de l'idée de l'autonomie de l'individu celle du principe de l'inviolabilité du corps, traduisant cette préoccupation dans l'article 39 de la *Magna Carta*[562], qui sera réaffirmée, élargie et formalisée par l'*Habeas corpus Act* de 1679[563]. M. Peces Barba, souligne, par

---

[559] Cour EDH, 1er avril 2004, *Rivas c. France* [Première section], Req. n° 59584/00, § 38.

[560] Qui renvoie aussi à la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'obligation d'enquête et au droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention. L'obligation d'enquête englobe, dans les cas où elle s'applique, l'obligation de rendre publique le contenu de l'enquête, ce qui peut s'apparenter à une publicité *a posteriori*. Par exemple, obligation d'enquête sur les disparitions forcées : Cour EDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16067/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90.

[561] HUNT Lynn, « Le corps au XVIIIe siècle. Les origines des droits de l'homme ». *Diogène*, Presses Universitaires de France, n° 203, 2003/3, p. 51.

[562] La *Magna Carta Libertatum*, ou Grande Charte des Libertés d'Angleterre, a été obtenue par les barons anglais le 15 juin 1215 du roi Jean sans Terre, après une rébellion contre l'autorité royale, dont l'apogée fut la prise de Londres par les rebelles. La Charte a été écrite en latin en France, dans l'abbaye de Pontigny, par des nobles anglais en révolte contre les excès de leur roi. La rédaction doit beaucoup à l'archevêque de Cantorbéry, Etienne Langton. L'article 39 dispose : « *Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors la loi, exilé ou exécuté de quelque manière que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs conforme aux lois du pays.* »

[563] « *Attendu qu'il a été usé de grands retards par les shérifs, à envoyer les ordonnances d'habeas corpus qui leur ont été adressées, en conséquence de quoi beaucoup de sujets du roi ont été longtemps retenus en prison dans des cas ou légalement ils sont libérables sous caution, pour prévenir ceci, qu'il soit édicté…que chaque fois qu'une des personnes produira ou produiront une ordonnance d'habeas corpus adressée à un ou des shérifs, que lesdits officiers ou leurs subordonnés, dans les trois jours qui suivent la présentation de ladite ordonnance, renvoient ladite ordonnance et amènent ou fassent amener en personne l'individu en cause, devant le ou en*

ailleurs, qu'un droit ressemblant à celui de l'*habeas corpus* existait dès 1188, dans une déclaration du roi Alphonse IX devant le parlement de la province de Leon, en Espagne. Il ajoute que « *dans l'ancien droit espagnol, on observait l'habeas corpus sous un nom différent. On l'appelait « droit de manifestation » – selon le droit aragonais ; et il consistait à pouvoir demander aux juges, au magistrat suprême d'Aragon, que se manifeste concrètement, c'est-à-dire qu'on puisse le voir, un détenu arrêté de manière illégale.* »[564] La protection de l'intégrité corporelle, là encore, passait par la publicité. Ce principe de la protection du corps dans le cadre de la procédure pénale correspond aussi à l'émergence des Etats modernes, dont l'essence même est menacée par la régression nihiliste, parfois observée dans l'action politique contemporaine, qui consiste à vouloir répondre à la violence individuelle par une violence institutionnelle vindicative, discriminatoire et non maîtrisée. L'atteinte portée à l'intégrité physique ou psychique de la personne humaine affecte l'Etat dans son essence et son statut, comme l'écrit M. Miguel Benasayag : « [L]*a torture constitue un véritable dérapage dans nos société. Car, elle est la violation d'un interdit fondamental, celui qui fait l'objet du consensus social fondant la légitimité de l'Etat de droit : le consensus selon lequel l'Etat (et ses représentants) ne doit jamais toucher le corps des individus, car l'Etat occupe précisément la place d'un tiers dont la reconnaissance par les individus-citoyens permet d'éviter l'usage de la barbarie d'une société fondée sur le rapport duel, celui qui n'est régi que par la loi du plus fort.* »[565]

L'usage de la torture dans un cadre judiciaire n'est cependant ni l'apanage de temps anciens, ni celui de pays en voie de développement. Un rapport très complet, détaillant sur 186 pages le lien étroit entre la détention secrète nommée « *détention incommunicado* » et l'apparition d'atteintes à l'intégrité physique et mentale des personnes privées de liberté, a été distribué lors de la réunion de l'Assemblée générale de l'O.N.U. du 19 février 2010[566]. L'étude aborde

---

présence du lord Chancelier ou du lord Gardien du Grand Sceau d'Angleterre, ou devant les barons de ladite cour d'ou émane ladite ordonnance ; et alors certifient les vraies causes de sa détention ou de son emprisonnement ; et sur quoi, dans les deux jours qui suivront la présentation de l'intéressé devant eux, ledit lord Chancelier, ou lord Gardien du Grand Sceau, ou juge ou baron, devra libérer ledit prisonnier de son emprisonnement après avoir pris l'engagement assorti d'une ou plusieurs cautions, à moins qu'il n'apparaisse que l'intéressé est détenu en vertu d'une procédure légale » : ROUBEROL, *Textes et documents des révolutions anglaises*, Paris, Aubier, Hachette, « Histoire », 2e édition, 1985.

[564] Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Compte-rendu des débats, Trente-et-unième session ordinaire, séance du 5 octobre 1979, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, t. 2, p. 397.

[565] BENASAYAG Miguel, « Utopie et certitude ou le doux-leurre de la certitude », in *Crise des utopies, crise des idéologies ; Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1987, n° 9, Crise des utopies, crise des idéologies, p. 8 http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/mat_0769-3206_1987_num_9_1_404000.

[566] Conseil des droits de l'homme, treizième session, *Etude conjointe sur les pratiques mondiales concernant le recours à la détention secrète dans le cadre de la lutte contre le terrorisme présentée par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste* : O.N.U., Doc. A/HRC/13/42, original en anglais. Ce texte a été rédigé par Martin Scheinin, Rapporteur spécial

particulièrement la question du recours à la détention secrète[567] dans le contexte de la « *guerre mondiale contre le terrorisme* » après le 11 septembre 2001, décrivant « *l'élaboration progressive et résolue d'un système global et coordonné de détention secrète de personnes soupçonnées de terrorisme, impliquant non seulement les autorités des Etats-Unis d'Amérique, mais aussi celles d'autres Etats dans presque toutes les régions du monde.* »[568] Le rapport note que le secret appliqué à la privation de liberté « *vide de leur substance les garanties prévues par les instruments internationaux notamment, et surtout, celle de l'habeas corpus* »[569] et préconise que « [l]*'état d'avancement de toute enquête en cours sur des allégations de mauvais traitements ou de torture de détenus, ou de décès de personnes en détention devrait être rendu public* »[570]. Tous les rapports convergent pour insister sur le fait que la mise au secret d'une personne privée de liberté *« facilite la commission d'actes de torture. »*[571] Le Comité de Prévention de la torture de l'O.N.U. répète inlassablement que « *d'après son expérience, la période qui suit immédiatement la privation de liberté est celle où le risque d'intimidation et de mauvais traitement est le plus grand.* »[572] Par ailleurs, dans ses « *observations finales du Comité contre la torture* » des Nations unies formulées au sujet de la France en mai 2010[573], le Comité[574] se déclare *« particulièrement*

---

sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, le groupe de travail sur la détention arbitraire représenté par sa Vice-Présidente, Shaheen Sardar Ali, et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires représenté par son Président, Jeremy Sarkin, , http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-42.pdf.

[567] « *Le point de savoir si une détention est secrète ou non est déterminé par le fait que la personne est détenue au secret et que les autorités de l'Etat* […] *ne divulguent aucun renseignements quant au lieu de détention ou au sort du détenu* », *ibid*., p. 11. *« Même si un Etat autorisait dans sa législation interne la pratique de la détention secréte, cette législation violerait le droit à la liberté et à la sûreté et ne serait donc pas valide », ibid., p. 13.*- Par ailleurs, la détention secrète est considérée comme *« étant en soi arbitraire* », avis n° 14/2009 du Groupe de travail sur la détention arbitraire : O.N.U., Doc. A/HRC/13/30/Add.1. - Il prive le détenu de son « *droit à un procès équitable* ». *Conseil des droits de l'homme, Etude conjointe…, op. cit.*, p. 15.

[568] *Ibid*., pp. 3 et 4. Les experts décrivent cinq cas qu'ils rattachent à l'idée de *« participation et de complicité d'autres Etats* » : lorsqu'il est demandé à un Etat de détenir secrètement une personne. Lorsqu'un Etat tire avantage d'une détention secrète, par exemple en envoyant des questions à poser à la personne détenue ou en demandant des renseignements. Lorsque l'Etat a activement participé à l'arrestation ou au transfert d'une personne détenue secrètement. Lorsque l'Etat garde brièvement cette personne avant de la remettre à un autre Etat. Lorsque l'Etat s'est abstenu de prendre des mesures afin d'identifier des personnes ou des avions transitant par ses aéroports ou son espace aérien après la divulgations d'informations concernant le programme de la CIA fondé sur la détention secrète.

[569] *Ibid*., pp. 4-5. « *La peur généralisée de la détention secrète et de ses corollaires comme la torture et les mauvais traitements tend effectivement à limiter l'exercice d'un grand nombre de droits de l'homme et de libertés fondamentales, notamment la liberté d'expression et la liberté d'association* ».

[570] *Ibid*., p. 6.

[571] *Ibid*., p. 17. - O.N.U., Assemblée générale, Résolution A/RES/60/148.

[572] Sixième rapport général du CPT (1996), § 15. - Neuvième rapport général du CPT (1999), § 23.

[573] O.N.U., Comité contre la torture, Quarante-quatrième session, *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention, Observations finales du Comité contre la torture. France*, adoptées lors de sa 946ème séance, le 10 mai 2010 : Doc. CAT/C/SR.949, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.FRA.CO.4-6.pdf.

préoccupé face à la persistance d'allégations qu'il a reçues au sujet de cas de mauvais traitements qui auraient été infligés par des agents de l'ordre public à des détenus et à d'autres personnes entre leurs mains. ». Le Comité a préconisé d'organiser la possibilité d'un recours immédiat à un avocat pour toute personne privée de liberté, mais a aussi fait un lien direct entre la protection de ces personnes et les garanties que leur apportent le principe de la publicité, même différée, des procédures[575].

Il existe donc un lien entre la protection du corps contre les mauvais traitements et la protection de la liberté *per se*, dès lors que la privation de liberté est souvent le préalable aux mauvais traitements. Dès lors, la question se pose de déterminer l'intensité des garanties à apporter au principe d'habeas corpus, et si, notamment, cette garantie passe par le recours à la publicité dès lors qu'intervient une privation de liberté.

Le droit d'*habeas corpus* : l'article 5 et non 6 de la Convention. La publicité comme élément du procès équitable se trouve dans l'article 6 de la Convention. Les garanties spécifiques à apporter aux personnes privées de liberté ont été placées dans l'article 5, qui énonce : « *1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* » avant de poser les exceptions à cette règle et la procédure à respecter afin de pouvoir y porter atteinte : *« 3. Toute personne arrêtée au détenue* […] *doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires […] 4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention…* ».

L'article 5, une protection de l'individu contre l'arbitraire. Le droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention revêt une très grande importance « *dans une*

---

[574] Dont le rôle est de veiller à l'application de la « *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. dans sa résolution A/RES/39/46 du 10 décembre 1984 ; ratifiée par la France le 18 février 1986, entrée en vigueur le 26 juin 1987, http://www2.ohchr.org/french/law/cat.htm. Les Etats parties à cette convention s'interdisent de recourir aux actes de torture dans le cadre de l'application de leur législation nationale, mais aussi dans le cadre de situations de fait qui seraient qualifiées d'exceptionnelles.

[575] O.N.U. Comité contre la torture. Observations finales du Comité contre la torture, France, *op. cit.* : « *Le Comité recommande à* [la France] *de généraliser l'enregistrement audiovisuel des auditions à l'ensemble des personnes interrogées, ainsi que de déployer l'installation physique des caméras de surveillance dans l'ensemble des locaux de police et de gendarmerie, de façon à élargir et renforcer le spectre de protection des personnes gardées à vue et détenues » ; de « prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que chaque allégation de mauvais traitements imputable à des agents de l'ordre fasse promptement l'objet d'une enquête transparente et indépendante, et que les auteurs soient sanctionnés de manière appropriée. »*

société démocratique »[576]. Il est garanti à tout individu[577]. Les restrictions à ce droit sont posées de manière exhaustive par l'article 5 § 1 de la Convention[578], dont les termes sont d'interprétation « *étroite* »[579]. Le but de l'article 5 est de « *protéger l'individu contre l'arbitraire* »[580].

L'applicabilité de l'article 6 en lien avec l'article 5. Les éléments du procès équitable de l'article 6, et donc la publicité de l'audience relative à une décision au sujet d'une privation de liberté, ont-ils vocation à s'appliquer aux situations auxquelles s'applique l'article 5 ?
« *L'idée de base d'une telle interprétation est que la Convention a été faite principalement pour protéger l'individu contre la puissance publique, pour lui donner certaines garanties vis-à-vis de celle-ci. Par conséquent, elle devrait toujours s'appliquer lorsque la situation de l'individu vis-à-vis de la puissance publique est en cause* » estimait dès 1976 le juge Matscher[581] dans une opinion séparée sous l'arrêt *Engel*. Cette appréciation relative à une protection matérielle, est à comparer avec la clause de « *due process* » exprimée en 1940 par le Juge Black dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *Chambers contre Floride* et destinée « *à garantir des normes procédurales adéquates et appropriées, donc et sur ce point, à protéger, à tout moment, les personnes inculpées ou soupçonnées de crime par ceux qui détiennent des positions de pouvoir et d'autorité.* »[582] La Cour européenne des droits de l'homme juge, pour sa part, que « *les normes internationales généralement reconnues en matière de droit de l'homme* […] *qui se trouvent au cœur de la notion de procès équitable et dont la raison d'être tient notamment à la nécessité de protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités* »[583].
Dans une affaire *Lietzow contre Allemagne*[584], la Cour a exprimé avec netteté le fait que le volet pénal de l'article 6 § 1 peut trouver à s'appliquer pendant la phase d'instruction en lien avec les dispositions de l'article 5, dès lors que les intérêts en jeu présentent un certain poids :

---

[576] Cour EDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 2832/66, § 65.- Cour EDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas* [Chambre], Req. n° 6301/79, § 37.
[577] Cour EDH, 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 9787/82, § 40.
[578] Cour EDH, 6 avril 2000, *Labita c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 26772/95, § 170.
[579] Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France* [Chambre], Req. n° 19776/92, § 42.
[580] Cour EDH, 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie* [Grande chambre], Req. n° 71503/01, § 171.- Cour EDH, 22 mars 1995, *Quinn c. France* [Chambre], Req. n° 18580/91 , § 47. - Cour EDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n°22414/93, § 118.
[581] Franz Matscher. Opinion séparée sous arrêt Engel.
[582] Cour suprême des Etats-Unis, *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940) : « [T]*he due process provision* [...] *has led few to doubt that it was intended to guarantee procedural standards adequate and appropriate, then and thereafter, to protect, at all times, people charged with or suspected of crime by those holding positions of power and authority"*.
[583] Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* [Grande chambre], Req. n°36391/02, § 53.
[584] Cour EDH, 13 février 2001, *Lietzow c. Allemagne* [Première section], Req. n° 24479/94, § 44.

« *Il ressort du libellé de l'article 6-1 et spécialement du sens autonome à donner à la notion d'accusation en matière pénale- que cette disposition peut s'appliquer aux phases antérieures au procès. Dès lors, eu égard aux conséquences dramatiques de la privation de liberté sur les droits fondamentaux de la personne concernée, toute procédure relevant de l'article 5-4 de la Convention doit en principe également respecter, autant que possible dans les circonstances d'une instruction, les exigences fondamentales d'un procès équitable, telles que le droit à un procès équitable* ». La jurisprudence livre d'autres exemples du contrôle par la Cour de la phase d'instruction au regard des principes du procès équitable sous son volet pénal, qu'il s'agisse de la possibilité de « *contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur au moment de la déposition ou plus tard* »[585] (d) de l'article 6 § 3) ou au sujet de l'assistance d'un interprète[586] (a) de l'article 6§3).

La nécessaire cohérence entre les paragraphes 1 et 3 de l'article 6. Cette appréciation vaut en matière d'exécution de la décision. Dans un arrêt *Assanidzé contre Georgie*, la Cour a ainsi précisé que « [l]*es garanties consacrées par l'article 6 de la Convention seraient illusoires si l'ordre juridique ou administratif internes d'un Etat contractant permettaient qu'une décision d'acquittement, décision judiciaire définitive et obligatoire, reste inopérante au détriment de la personne acquittée. En effet, on ne comprendrait pas que le paragraphe 1 de l'article 6 combiné avec le paragraphe 3 impose aux Etats contractants des mesures positives à l'égard de toute personne accusée* […] *et décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties, sans qu'il protège en même temps la mise en œuvre d'une décision d'acquittement rendue à l'issue de cette procédure. Une procédure pénale forme un tout et la protection de l'article 6 ne cesse pas avec la décision d'acquittement.* »[587]

Le refus de la fusion des articles 6 et 5. La Cour interprète la Convention comme protégeant des droits « *concrets et effectifs* » et ne laisse donc pas les qualifications formelles du droit interne limiter le champ de son intervention. Dans un arrêt *Engel et autres contre Pays-Bas*[588], la Cour s'est d'abord autorisée à qualifier de sanction pénale, une sanction disciplinaire qui ne relevait pas de la matière pénale en droit interne. Cette sanction consistait en une privation de

[585] Cour EDH, 30 mars 1989, *Delta c. France* [Chambre], Req. n° 11444/85, § 36.
[586] Cour EDH, 10 mars 1980, *Luedicke, Belkacem et Koc c. Allemagne* [Chambre], Req. n° 6210/73, 6877/75, 7132/75, § 48.
[587] Cour EDH, 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie* [Grande chambre], Req. n° 71503/01, § 182.
[588] Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas* [Cour plénière], Req. n° 5100/71, § 59.

liberté – des arrêts de rigueur –, imposée à des militaires. A cette occasion, la Cour a étudié les faits sous l'aspect du droit à la liberté (article 5), mais aussi sous celui du droit à un procès équitable (article 6). Après avoir jugé que cette privation de liberté relevait de l'article 5, elle a aussi estimé, concernant l'article 6, qu'il ne suffisait pas qu'un Etat qualifie de disciplinaire une infraction pour qu'il parvienne à se soustraire aux exigences du procès équitable.

Dans l'arrêt *Neumeister*, en 1968, la Cour était invitée à se prononcer sur la question de savoir si une demande de mise en liberté formée pendant la phase préparatoire relevait de l'article 6 § 1, et si ce dernier article devait se lire en combinaison avec l'article 5 § 4. La Commission avait rejeté l'applicabilité de l'article 6 § 1 estimant à l'unanimité qu'une telle demande n'entrait pas dans la définition d'une « *accusation en matière pénale* ». La Cour a notamment déclaré relativement à la publicité pendant la phase préparatoire [589] : « [I]*l faut noter que les recours relatifs à la détention préventive appartiennent incontestablement au domaine de la loi pénale et que le texte de la disposition invoquée a expressément limité l'exigence du procès équitable au procès portant sur l'accusation, ce qui est manifestement étranger aux recours en question. Au surplus, l'article 6-1 ne se borne pas à exiger que la cause soit entendue équitablement ; il exige aussi qu'elle le soit publiquement. On ne pourrait donc considérer que la première exigence s'applique à l'examen des demandes de libération sans admettre qu'il en aille de même de la seconde. Or, la publicité dans ce domaine ne répondrait pas à l'intérêt des inculpés tel qu'il est généralement compris* ». La même solution sera donnée l'année suivante dans l'arrêt *Matznetter*.[590] La Cour, en justifiant sa décision au-delà d'une simple lecture littérale du terme de « *bien fondé de toute accusation en matière pénale* », a donc, dans son premier élan, posé un double postulat. Un : les termes de l'article 6 § 1 sont égaux entre eux. Deux : la publicité des débats judiciaires ne sert pas l'intérêt d'une personne, « *tel qu'il est généralement compris* », en détention préventive.

La jurisprudence a, par la suite, opéré un départ dans la force respective des éléments de l'article 6 en fonction de la cause et du moment de la procédure. Cette évolution, toujours en cours, s'est produite d'abord au profit du délai raisonnable ; puis à celui du contradictoire et enfin à celui des droits garantis par l'article 6 § 3. Pour l'heure, ce mouvement s'effectue au détriment de la publicité, qui ne pèse pas, d'une façon générale, du même poids que les autres garanties dans l'échelle de valeur de la jurisprudence de la Cour lorsque celle-ci fait remonter en amont de la phase décisoire les éléments de l'article 6 de la Convention.

---

[589] Cour EDH, 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche* [Chambre], Req. n° 1936/63, § 23.
[590] Cour EDH, 10 novembre 1969, *Matznetter c. Autriche* [Chambre], Req. n° 2178/64, § 13.

La Cour a encore exprimé sa position sur cette question dans l'arrêt *Wesolowski*[591] : *« La procédure relevant de l'article 5-4 ne doit pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6-1* […], *mais elle doit revêtir un caractère judiciaire et offrir à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il se plaint.*»[592] Ce qui signifie, cependant, que la Cour n'exclut pas, dans certains cas, de pouvoir être confrontée à une procédure relative au contentieux de la privation de liberté pendant la phase préparatoire qui devrait s'accompagner des garanties posées par le volet pénal de l'article 6 § 1, la publicité des débats comprise.

La question du rapport entre la publicité et le droit à la liberté et à la sûreté a été, à nouveau, soulevée en 2006 dans une affaire *Reinprecht contre Autriche*[593]. Le requérant protestait contre l'absence de publicité du débat contradictoire qui s'était déroulé devant un tribunal pénal régional au sujet de son maintien en détention. L'appel de cette décision s'était également déroulé à huis clos, ainsi que les autres recours du prévenu devant la cour d'appel et la Cour suprême. Le gouvernement autrichien estimait avoir respecté l'article 5 § 4 de la Convention dès lors que les principes de l'égalité des armes et du contradictoire n'avaient pas été bafoués. Tierce partie dans cette affaire, la Fondation Helsinki pour les droits de l'Homme, soutenait que l'article 5 § 4 contient *« l'exigence implicite selon laquelle les audiences concernant la légalité d'une détention provisoire doivent être publiques* […] *l'objet du contrôle visé à l'article 5 § 4 est de veiller non seulement à ce que la détention soit conforme aux exigences matérielles et procédurales du droit interne, mais également à ce qu'elle soit compatible avec le but général de l'article 5, qui est d'offrir une protection contre toute détention arbitraire*.»[594] La Fondation, insistant sur l'importance du droit à la liberté qui était en jeu, évoquait par ailleurs *« le lien étroit existant entre l'article 5-4 et l'article 6 de la Convention* ». Ce lien, il est vrai, peut être trouvé dans la jurisprudence de la Cour, sous la forme d'une sorte de fusion incomplète entre les deux articles. Ainsi, dans une affaire *Lamy contre Belgique*[595], la Cour a-t-elle jugé qu'il y avait eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention en raison de la rupture de l'égalité des armes qui n'a pas permis à la procédure d'être contradictoire[596]. Or, l'égalité des armes est bien un principe tiré de l'article 6 § 1,

---

[591] Cour EDH 22 juin 2004, *Wesolowski c. Pologne* [Deuxième section], Req. n° 29687/96, § 60.
[592] Voir également Cour EDH, 12 mai 1992, *Megyeri c. Allemagne* [Chambre], Req. n° 13770/98, § 22. - Cour EDH, 19 octobre 2000, *Wloch c/ Pologne* [Quatrième section], Req. n° 27785/95, § 125.
[593] Cour EDH, 15 novembre 2005, *Reinprecht c. Autriche* [Quatrième section], Req. n° 67175/01.
[594] Même arrêt, § 30.
[595] Cour EDH, 30 mars 1989, *Lamy c. Belgique* [Chambre], Req. n°10444/83, § 27.
[596] Pour un raisonnement de même nature : Cour EDH, 31 janvier 1992, *Lanz c. Autriche* [Première section], Req. n° 24430/94, § 41.

comme l'a consacré l'arrêt *Bönisch* en 1985[597]. Dans l'affaire *Reinprecht*, la Cour a admis qu'il existait des « *garanties fondamentales de procédure* » qui s'appliquaient en matière de privation de liberté[598], mais elle n'a trouvé *« dans* [s]*a jurisprudence actuelle* […] *aucun élément qui corrobore l'argument* […] *selon lequel les audiences sur la légalité de la détention provisoire devraient être publiques.* »[599]

Les « *buts distincts* » des articles 6 et 5 de la Convention. Pour la Cour européenne des droits de l'homme les articles 6 et 5 poursuivent des buts distincts. L'article 5 § 4 offre *« une protection contre toute détention arbitraire en garantissant un contrôle à bref délai de la légalité d'une détention*. ». Lorsqu'une détention provisoire relève de l'article 5 § 1 c), ce contrôle « *doit permettre d'établir, notamment, s'il y a des motifs plausibles de soupçonner la personne détenue* ». L'article 6 « *traite de la décision sur « le bien-fondé* [d'une] *accusation en matière pénale* » et vise à garantir que le fond de la cause – c'est-à-dire la question de savoir si l'intéressé est coupable des accusations portées contre lui- est examiné *« équitablement* [et] *publiquement* »[600]. Par ailleurs, la Cour avance que les exigences procédurales de l'article 5 § 4 sont « *plus souples* », mais que le critère de la célérité y est beaucoup plus important que les autres[601]. La Cour, toutefois, ne ferme pas la porte à la publicité, si « *dans des circonstances particulières une audience publique* [peut] *être nécessaire.* »[602]

Pour la Cour européenne des droits de l'homme : l'avocat plutôt que la publicité. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de garde à vue et de détention provisoire opte pour le renforcement de la présence et du rôle de l'avocat pendant cette phase judiciaire. Outre l'obligation d'un contrôle judiciaire de la mesure[603], la Cour a posé le principe d'un droit général de la personne privée de liberté de pouvoir s'entretenir et d'être assistée, y compris pendant les interrogatoires, par un avocat[604]. La Cour européenne des droits de l'homme estime donc que la vulnérabilité de la situation du gardé à vue peut être

[597] Cour EDH, 6 mai 1985, *Bönisch c. Autriche* [Chambre], Req. n° 8658/79, § 35.
[598] Cour EDH, *Schiesser-Reisse*, préc., § 51. - *Kampanis c. Grèce*, préc., § 47.
[599] Cour EDH, 15 novembre 2005, *Reinprecht c. Autriche*, préc., § 34
[600] Même arrêt, § 39.
[601] Même arrêt, § 40.
[602] Même arrêt, § 41.
[603] Cour EDH, 3 octobre 2006, *Mc Kay c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n° 543/03, § 32.- Cour EDH, 29 avril 1999, *Aquilina c. Malte* [Grande chambre], Req. n° 25642/94, § 36.- Cour EDH, 2 novembre 1998, *Brogan et autres c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n°11209/84, § 58.
[604] Cour EDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 36391/02, § 55. - Cour EDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie* [Deuxième section], Req. n° 7377/03, § 31.

utilement compensée par l’assistance d’un avocat, et préfère cette option à celle de la publicité de la mesure d’enquête.

Section 2. La portée du principe de la publicité de l’audience pénale

Plan. Se fondant sur l’article 6 § 1 de la Convention, la Cour européenne des droits de l’homme a déterminé, par sa jurisprudence, la force du principe de la publicité de l’audience pénale (§1) et ses restrictions (§2).

§ 1. La réception jurisprudentielle du principe sur le fondement des stipulations de la Convention

Plan. La Cour européenne des droits de l'homme a déterminé la portée du principe de la publicité des audiences en se fondant sur les stipulations du volet pénal de l'article 6 § 1 de la Convention relatif à une « *accusation pénale* » (A). Elle s'est aussi interrogée sur la portée de ce même principe en se fondant sur le volet civil de l'article 6 § 1 relatif à une « *contestation sur des droits et obligations* » en matière civile (B).

A. La publicité de l'audience pénale fondée sur le volet pénal de l'article 6 § 1

Toutes les audiences ne se valent pas en matière d'exigence de publicité. Le droit à voir sa cause « *entendue publiquement implique celui d'une audience publique devant le juge du fond* »[605]. Mais le terme « *une* » audience publique n'implique pas toutes les audiences, ni n'importe quelle audience. « *La tenue d'une audience publique constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1. Ce principe revêt une importance particulière en matière pénale, où il doit y avoir généralement un tribunal de première instance répondant pleinement aux exigences de l'article 6* […] *et où un justiciable peut légitimement exiger d'être « entendu » et de bénéficier notamment de la possibilité d'exposer oralement ses moyens de défense, d'entendre les dépositions à charge, d'interroger et de contre-interroger les témoins* »[606].

L'audience déterminante doit être en principe publique. Le contrôle du public s'exerce, au sujet du caractère indépendant et impartial du tribunal, du respect de l'égalité des armes et des droits de la défense. La publicité est particulièrement requise, aux fins de l'article 6 de la Convention, lorsque l'audience est déterminante[607] pour l'issue de la procédure. Une audience

[605] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [Grande chambre], Req. n° 58675/00, § 40 ; Cour EDH, 26 avril 1995, *Fischer c. Autriche* [Chambre], Req. n° 16922/90, § 44.
[606] Cour EDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande* [Grande chambre], Req. n° 73053/01, § 40.
[607] Cour EDH, 18 mai 2010, *Udorovic c. Italie* [Deuxième section], Req. n° 38532/02, § 36.

déterminante est celle où il est débattu du droit et du fond. Le procès équitable, nous l'avons vu, implique que les preuves, qui seront déterminantes dans la décision du tribunal, soient discutées librement et contradictoirement devant un tribunal indépendant et impartial, sous le contrôle du public[608].

L'absence de nécessité d'un préjudice. Une violation de la Convention européenne des droits de l'homme ne nécessite pas l'existence d'un préjudice. Dans l'arrêt *Adolf contre Autriche*, la Cour a jugé que « *l'existence d'un manquement se conçoit même en l'absence de préjudice* »[609]. Ce principe vaut également pour la publicité de l'audience, comme il a été jugé dans l'affaire *Guisset contre France*[610].

L'acceptation sous condition de la visioconférence. Cette obligation d'une audience publique à laquelle participe la personne poursuivie n'est pas contraire à la possibilité de visioconférence. La Cour a jugé que cette « *forme de participation à la procédure n'est pas, en soi, incompatible avec la notion de procès équitable et public, mais il faut s'assurer que le justiciable est en mesure de suivre la procédure et d'être entendu sans obstacles techniques et de communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat*. »[611]

La tolérance d'un témoignage formé hors de l'audience. Le caractère contradictoire des débats sur le fond implique la possibilité de contester un témoignage en interrogeant l'auteur[612]. Par principe, nous l'avons vu, ce témoignage, servant de support à un débat contradictoire, doit se dérouler dans le prétoire, à l'audience publique, dès lors que la preuve est déterminante pour l'issue de la procédure. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme juge qu'une déclaration de témoin, recueillie lors de la phase préparatoire du procès, peut servir de preuve, sans témoignage à l'audience publique, dès lors que les droits de la défense sont respectés : « *Les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Il n'en résulte pourtant pas que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire et en public pour pouvoir servir de preuve : utiliser de la sorte des dépositions remontant à la phase de*

[608] Cour EDH, 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche* [Troisième section], Req. n° 35115/97, § 40.
[609] Cour EDH, 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche* [Chambre], Req. n° 8269/78, § 37.- Cour EDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie* [Chambre], Req. n° 6694/74, § 35.
[610] Cour EDH, 26 septembre 2000, *Guisset c. France* [Première section], Req. n° 33933/96, § 67.
[611] Cour EDH, 2 novembre 2010, *Sakhnovski c. Russie* [Grande chambre], Req. n° 21272/03, § 98.- Cour EDH, 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie* [Troisième section], Req. n° 45106/04, §§ 63 à 77.
[612] Cour EDH, 15 juin 1992, *Lüdi c. Suisse* [Chambre], Req. n° 12433/86, § 47.

l'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux paragraphes 3 d) et 1 de l'article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1), sous réserve du respect des droits de la défense. En règle générale, ils commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard. »[613]

La tolérance de la Cour européenne envers le témoignage anonyme. Parmi les témoignages ne faisant pas l'objet d'une audition publique à l'audience figurent les témoignages anonymes. Leur utilisation afin de motiver une condamnation n'a pas été jugée incompatible, par principe, à la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme : « *semblable utilisation n'est pas en toutes circonstances incompatible avec la Convention* »[614]. Une telle tolérance, cependant, ne saurait conduire à l'acceptation d'une preuve au contenu secret, ni à des décisions de condamnation fondées seulement sur des témoignages anonymes[615], contre lesquels, de plus, n'ont pas pu s'exercer les droits de la défense. Ainsi, dans l'affaire *Saïdi contre France*, la Cour a jugé que « [l]*es témoignages constituèrent ainsi la seule base de la condamnation, après avoir représenté l'unique cause du renvoi en jugement. Or ni au stade de l'instruction ni pendant les débats le requérant ne put en interroger ou faire interroger les auteurs. L'absence de toute confrontation le priva, en partie, d'un procès équitable. La Cour ne méconnaît pas les indéniables difficultés de la lutte contre le trafic des stupéfiants – notamment en matière de recherche et d'administration des preuves –, non plus que les ravages provoqués par celui-ci dans la société, mais ils ne sauraient conduire à limiter à un tel point les droits de la défense de "tout accusé".* »[616] La Cour européenne des droits de l'homme a cependant admis qu'un danger pesant sur le témoin pouvait justifier son anonymat dans la procédure, mais elle a mis à cette possibilité d'importantes réserves, soulignant, notamment la nécessité de la mise en balance des intérêts de la défense avec ceux du témoin[617]. Par ailleurs, la Cour pose pour principe que le caractère

---

[613] Cour EDH, 19 décembre 1990, *Delta c. France* [Chambre], Req. n° 11444/85, § 36.
[614] Cour EDH, 26 mars 1999, *Doorson c. Pays-Bas* [Chambre], Req. n° 20524/92, § 69.
[615] PRADEL Jean, « La condamnation fondée seulement sur des témoignages anonymes est contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », D. 1998, p. 174. Commentant l'arrêt Doorson, M. le Professeur Pradel écrit : « *il faut qu'il y ait, à côté de ces témoignages d'autres preuves ; il faut que lors de l'interrogatoire du témoin anonyme intervienne un juge et que celui-ci se fasse une idée de la crédibilité du témoin* ».
[616] Cour EDH, 20 septembre 1993, *Saïdi c. France* [Chambre], Req. n° 14647/89, § 44.
[617] Cour EDH, 14 février 2002, *Visser v. The Nederlands* [Third section], Req. n° 26668/95, § 46 (arrêt en anglais uniquement) : « *when assessing whether the procedures followed in the questioning of an anonymous witness had been sufficient to counterbalance the difficulties caused to the defence* ».

équitable de la procédure n'est respecté que lorsque le contre-interrogatoire[618] a trouvé à s'exercer dès lors que le témoignage anonyme a joué un rôle « *principal ou décisif* » dans la déclaration de culpabilité[619]. Le témoignage anonyme, rapporté publiquement à l'audience, doit donc être corroboré par d'autres preuves[620].

Une publicité de l'audience pas toujours obligatoire en appel et en cassation. La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, jugé qu'alors qu'une audience publique avait été organisée, en première instance, afin d'établir les faits, il pouvait être admis que des audiences à hauteur d'appel ou de cassation ne soient pas publiques, dès lors que ces audiences ne concernaient que « *des autorisations d'appel* »[621] ou des « *points de droit et non de fait* »[622]. Si les audiences ultérieures ne sont pas déterminantes relativement à l'établissement des faits, leur publicité n'est pas exigée.

Une audience ultérieure sur le fait et le droit doit être publique. Après une première audience publique sur le fond, dès lors que la question de la culpabilité ou de l'innocence est à nouveau débattue devant une juridiction de rang supérieur, cette nouvelle audience se révèle « *déterminante* » et nécessite, à nouveau, le droit de la personne poursuivie d'être entendue en personne[623] et la publicité de l'audience[624]. « [L]*orsque la juridiction d'appel doit examiner une affaire en fait et en droit et procéder à une appréciation globale de la culpabilité ou de l'innocence, elle ne peut statuer à ce sujet sans évaluer directement les éléments de preuve présentés en personne par l'inculpé qui souhaite prouver qu'il n'a pas commis l'acte*

---

[618] *Cross-examination*.

[619] Cour EDH, 14 février 2002, *Visser v. The Nederlands* [Troisième section], Req. n° 26668/95, § 45 (arrêt en anglais uniquement) : « *Article 6 § 3 required the possibility to cross-examine such witnesses in situation where this testimony played a main or decisive role in securing the conviction* ». Nous noterons que la Cour européenne des droits de l'homme utilise le terme *main*, qui signifie principal, alors que la loi française prohibe le témoignage anonyme au motif qu'il serait l'unique moyen de preuve. Article 706-62 du Code de procédure pénale issue de la loi du 15 novembre 2001 (Loi n° 2001-1062, J.O. du 16 novembre 2001) : « *Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations* » d'un témoin anonyme. Or, « *principal* » et « *seul* » ne recouvrent pas la même réalité : les prescriptions européennes sont plus rigoureuses que la lettre de la loi française.

[620] En ce sens la position de la Cour de cassation néerlandaise, les Pays-Bas étant le pays au sujet du droit interne duquel la Cour européenne des droits de l'homme a fondé sa jurisprudence en matière de témoignage anonyme : *Nederlandse Jurisprudentie* (Recueil de jurisprudence néerlandaise), <NS> 1990 (n° 692) ; Rapporté in LE CALVEZ Jacques, *Le danger du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme*, D. 2002, p. 3024.

[621] Cour EDH, 2 mars 1987, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 9562/81, 9818/82, § 58.

[622] Cour EDH, 26 mai 1988, *Ekbatani c. Suède* [Cour plénière], Req. n° 10563/83, § 31 ; - Cour EDH, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse* [Cour plénière], Req. n° 8209/78, § 30.

[623] Cour EDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France* [Chambre], Req. n° 14032/88, § 35 ; - Cour EDH, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie* [Première section], Req. n° 9808/02, § 56.

[624] Cour EDH, *Ekbatani*, préc., § 32.

constituant prétendument une infraction pénale »[625]. Cette obligation est associée à celle de la publicité de l'audience par la Cour européenne des droits de l'homme, au nom des droits de la défense : « *Du principe de la tenue de débats publics dérive le droit de l'accusé à être entendu en personne par les juridictions d'appel. De ce point de vue, le principe de la publicité des débats poursuit le but d'assurer à l'accusé ses droits de défense.* » [626]

La correction à une phase ultérieure admise. Pour ce qui concerne les atteintes à l'indépendance ou à l'impartialité d'un tribunal, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'un tel défaut, en première instance, ne pouvait pas être rectifié par le respect des prescriptions de l'article 6 de la Convention en appel[627]. Le caractère « *fondamental* » du droit à une audience publique l'amène à aborder de la même manière la question de la publicité, mais de façon moins rigoureuse, puisque la Cour peut envisager une audience publique en appel capable de compenser l'absence de publicité en première instance, à condition d'un « *réexamen complet devant la cour d'appel* » [628] dont l'audience devient, dès lors, déterminante pour l'issue de l'affaire. Une « *lacune* » constatée à une étape peut donc être « *corrigée à un stade ultérieur de la procédure* » [629], tant que l'équilibre global de la procédure n'en est pas bouleversé de manière irrémédiable.
Dans son arrêt *Lamanna* [630], la Cour européenne a également reconnu la possibilité de redresser à hauteur d'appel l'absence de prononcé public en première instance. Plus exactement, elle a jugé conforme à l'article 6 § 1 de la Convention, l'arrêt, prononcé publiquement, d'une cour d'appel faisant passer en force de chose jugée une décision d'un tribunal de première instance, qui n'avait pas rendu publiquement son jugement.

Les limites à la correction par une nouvelle audience d'une « *lacune* » antérieure. Dans plusieurs affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à trancher la question de savoir si la publicité à hauteur d'appel était de nature à compenser l'absence de publicité en première instance. Elle a jugé que « *le fait qu'une procédure devant la cour d'appel se soit tenue en public ne peut compenser l'absence d'une audience publique aux échelons inférieurs lorsque la portée de la procédure d'appel est limitée, en particulier lorsque la cour d'appel ne*

[625] Cour EDH, 18 octobre 2006, *Helmi c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 18114/02, § 64.
[626] Cour EDH, 6 juillet 2004, *Dondarini c. Saint-Marin* [Deuxième section], Req. n° 50545.99, § 27.
[627] Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique* [Chambre], Req. n° 9186/80, §§ 32 et 33 ; - Cour EDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 22107/93, § 79.
[628] Cour EDH, *Riepan c. Autriche*, préc., § 40.
[629]Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 8950/80, § 54.
[630] Cour EDH, 10 juillet 2001, *Lamanna v. Austria* [Troisième section], Req. n° 28923/95, § 34, arrêt uniquement en anglais.

peut se pencher sur le bien-fondé de la cause, c'est-à-dire, notamment, si elle n'est pas en mesure de contrôler les faits et de se livrer à une appréciation de la proportionnalité entre la faute et la sanction. »[631]

La même solution a été adoptée pour les débats devant une cour de cassation : « *limitée à l'examen de questions de constitutionnalité, cette procédure n'impliquait pas une appréciation directe et entière des droits* [...] *du requérant* […]. *Dès lors, une audience publique dans la procédure devant la Cour constitutionnelle n'aurait pas suffisamment compensé l'absence d'une audience publique au stade déterminant de la procédure* […] »[632].

Le caractère public de l'instance à hauteur de cassation, devant une juridiction « *qui ne connaît pas du fond de l'affaire* » ne permet pas de « *combler la lacune* » d'un défaut de publicité lors des audiences antérieures[633].

L'obligation d'effectivité de la publicité. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « *le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique.* »[634]

Cette obligation d'effectivité des droits garantis par la Convention, et le contrôle de cette effectivité par la Cour européenne des droits de l'homme valent aussi en matière de publicité des audiences pénales. Ainsi, dans l'arrêt *Riepan contre Autriche*, la Cour précise : « [l]*a Cour considère qu'un procès ne peut remplir la condition de publicité que si le public est en mesure d'obtenir des informations au sujet de la date et du lieu auxquels il est censé se tenir et que si le lieu en question est aisément accessible au public. Dans bon nombre de cas, ces conditions se trouvent remplies par le simple fait que le procès a lieu dans une salle d'audience du tribunal suffisamment vaste pour accueillir des spectateurs. La Cour observe en revanche que la tenue d'un procès en dehors d'un prétoire ordinaire, et en particulier en un lieu tel une prison, auquel en principe le public en général n'a pas accès, constitue un obstacle sérieux à la publicité des débats. En pareil cas, l'Etat a l'obligation de prendre des*

[631] Cour EDH, 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche* [Troisième section], Req. n° 35115/97, § 37. En ce sens : Cour EDH, 22 mai 1990, *Weber c. Suisse* [Chambre], Req. n° 11034/84 , §39. - Cour EDH, 26 septembre 1995, *Diennet c. France* [Chambre], Req. n° 18160/91, § 34.
[632] Cour EDH, 12 juillet 2001, *Malhous c. République Tchèque* [Grande chambre], Req. n° 33071/96, § 62.
[633] Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 7299/75, 7496/76, § 36.
[634] Cour EDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie* [Chambre], Req. n° 6694/74, § 33.

mesures compensatoires afin de garantir que le public et les médias soient dûment informés du lieu du procès et puissent effectivement avoir accès à celui-ci. »[635]

La publicité est définie dans l'article 6 § 1 de la Convention, comme réalisée par la possibilité de l'accès physique du public à la salle d'audience. Cet article dans sa partie traitant de la possibilité de rendre une audience non publique, stipule que « *l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse ou au public pendant la totalité ou une partie du procès* ».

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme jauge donc l'effectivité de la mesure de publicité relative à une audience judiciaire aux possibilités, dont dispose le public, d'accéder à la salle d'audience, ce qui nécessite que le public puisse avoir connaissance du fait qu'une audience pénale va se dérouler à l'occasion d'une affaire. Elle a notamment sanctionné l'Autriche pour l'absence de publicité effective d'une audience qui avait été organisée dans l'enceinte d'une prison[636].

La prise en compte de la question de la sécurité de l'audience. La Cour européenne des droits de l'homme relève que les problèmes de sécurité de l'audience sont, en quelque sorte, inhérents à la matière pénale, qui présente la caractéristique de voir passer en jugement des individus parfois dangereux. Une telle spécificité n'a pas empêché que les audiences pénales soient, depuis très longtemps, publiques[637]. Cependant, ajoute la Cour, s'interrogeant sur l'exigence de publicité appliquée au contentieux pénitentiaire, *« la difficulté d'admettre le public dans l'enceinte de l'établissement est manifeste. Si les séances se tenaient au dehors, le transport du détenu et sa présence aux débats soulèveraient des problèmes analogues. On imposerait aux autorités de l'Etat un fardeau disproportionné si l'on exigeait que les procédures disciplinaires relatives aux détenus condamnés aient lieu en public* »[638]. Evoquant des questions de sécurité, c'est-à-dire des difficultés liées à l'organisation matérielle de l'audience, la Cour a ainsi pu justifier l'absence de publicité en matière disciplinaire par des « *raisons suffisantes d'ordre public et de sécurité* »[639].

Concernant le débat sur la culpabilité, la Cour retient qu'il appartient aux Etats, lorsque par exemple la personne jugée est en détention, de « *prendre des mesures techniques spéciales, notamment en terme de sécurité* »[640].

---

[635] Cour EDH, 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche* [Troisième section], Req. n° 35115/97, § 29.
[636] Cour EDH, *Riepan c. Autriche*, préc.
[637] Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 7819/77, 7878/77, § 86.
[638] Même arrêt, § 86.
[639] Même arrêt, § 88.
[640] Cour EDH, 18 octobre 2006, *Hermi c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 18114/02, § 63 ; - Cour EDH, 19 décembre 1989, *Kamasinski c. Autriche* [Chambre], Req n° 9783/82, § 107.

L'impératif de sécurité permet de valider la pratique des contrôles à l'entrée des salles d'audience : « *le fait que des spectateurs potentiels auraient eu à subir certains contrôles d'identité et éventuellement de sécurité ne prive pas en soi le procès de sa publicité* »[641].

B. La publicité de l'audience pénale fondée sur le volet civil de l'article 6 § 1

Le volet civil de l'article 6 § 1 de la Convention. Si l'article 6 § 1 exige la publicité des audiences en matière pénale, il s'applique aussi en matière de protection d'un intérêt civil. Dès lors, ce volet civil du procès équitable peut être évoqué alors même que la publicité ne serait pas retenue par la Cour au sujet du volet pénal du même article. Il peut, en effet, être soutenu qu'en présence d'une atteinte suffisamment grave aux droits fondamentaux d'une personne, les garanties du procès équitable doivent s'appliquer dans leur plénitude dès qu'émerge la volonté de procéder à cette atteinte, c'est-à-dire avant l'acte attentatoire aux droits. L'idée de l'application de la plénitude des garanties de l'article 6 de la Convention peut, dès lors, être défendue, non plus en jaugeant le caractère déterminant de l'audience au regard de l'issue d'une procédure devant trancher la question de la culpabilité, mais en soutenant que la publicité doit intervenir dès qu'existe, au cours d'une procédure pénale, la possibilité d'une atteinte importante et immédiate aux droits fondamentaux d'une personne.

L'arrêt *Acquaviva*. Pour déterminer si une question relève de la contestation sur des *« droits et obligations de caractère civil* », la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé plusieurs principes, énoncés dans l'arrêt *Acquaviva*[642] : « *la Cour doit rechercher s'il y avait une contestation sur un droit que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. Il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice ; enfin l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour un tel droit* ».

Le caractère civil du droit à la liberté. Dans l'affaire *Neumeister*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le volet pénal de l'article 6 de la Convention ne s'applique pas aux procédures concernant une demande de remise en liberté dans le cadre d'une détention

[641] Cour EDH, 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche* [Troisième section], Req. n° 35115/97, § 28.
[642] Cour EDH, 2 novembre 1995, *Acquaviva c. France* [Chambre], Req. n° 19248/91, § 46.

provisoire[643], et a ajouté qu'appliquer le volet civil à de telles procédures donnerait à la notion de « *droits et obligations de caractère civil* » une portée excessive.

Pourtant, en 1998, dans un arrêt *Aerts*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « *le droit a la liberté a un caractère civil* » [644]. Elle a confirmé cette jurisprudence contre la France, dans l'affaire *Laidin (2).* Le gouvernement français soutenait alors que « *les dispositions de l'article 6 § 1* [n'étaient pas applicables], *faute de caractère patrimonial des demandes qui visaient uniquement à voir annuler des décisions de placement ou d'admission en établissement psychiatrique*. » La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été convaincue par cet argument et a déclaré que « *la notion de droits et obligations de caractère civil ne peut être interprétée par référence au droit interne de l'Etat défendeur* […] *il faut se référer à l'essence et aux effets de ce droit et non pas à sa classification juridique en vertu du droit interne de l'Etat concerné* […] *Les litiges devant les juridictions françaises se portaient* […] *en substance sur la légalité de la privation de liberté. Or le droit à la liberté, qui se trouvait en jeu, a un caractère civil* […]. *L'issue de l'instance était donc déterminante pour des droits de caractère civil, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention* »[645].

Dans son arrêt *Reinprecht*, la Cour a toutefois limité les effets de ce principe en matière de procédure pénale. Elle retient, tout d'abord, deux éléments qui distinguent les affaires *Aerts et Laidin*, du domaine de la procédure pénale.

D'une part, elle juge que « *que ces affaires avaient trait à des procédures relatives à la légalité de la détention de personnes aliénées relevant de l'article 5 § 1* », ce qui est un argument plutôt faible si nous nous plaçons dans la conception matérielle des garanties qui est d'ordinaire celle de la Cour.

D'autre part, elle relève surtout, que ces « *procédures relatives à la légalité d'une détention s'étaient déroulées après la remise en liberté des intéressés, situation à laquelle l'article 5 § 4 ne s'applique plus* […] *Dès lors, il n'y avait aucun conflit potentiel entre les exigences respectives de l'article 5 § 4 et de l'article 6 § 1* »[646] La Cour, toutefois, a pris soin de ne pas répondre à la question de savoir si le volet civil de l'article 6 § 1 était applicable aux règles de procédure pénale, pour ce qui concerne les personnes accusées : « *L'espèce concerne le domaine des procédures pénales, pour lequel la Convention, par ses articles 5 et 6, établit un système complet de protection. Selon l'article 5, la privation de liberté est acceptable, dans le contexte d'une procédure pénale, lorsqu'il s'agit d'une détention régulière après*

[643] Cour EDH, 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, préc., §§ 23 et 24.
[644] Cour EDH, 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique* [Chambre], Req. n° 25357/94, § 59.
[645] Cour EDH, 7 janvier 2003, *Laidin c. France (2)* [Deuxième section], Req. n° 39282/98, §§ 75 et 76.
[646] Cour EDH, *Reinprecht c. Autriche*, préc., § 51.

condamnation par un tribunal compétent (article 5 § 1 a) ou d'une détention provisoire régulière (article 5 § 1 c). Dans le second cas, la Convention prévoit le droit d'être aussitôt traduit devant un juge ou un autre magistrat et de n'être privé de liberté que pendant une durée raisonnable (article 5 § 3) ; pour les autres types de détention, elle garantit le droit à un contrôle à bref délai de la légalité de cette mesure (article 5 § 4). Quant à l'article 6, il contient des garanties procédurales touchant à la décision sur le fond de l'affaire […] *La Cour n'est pas appelée à examiner la question générale de savoir si le fait d'appliquer le volet civil de l'article 6 à une procédure relative à une privation de liberté, dans le contexte d'un procès pénal, est compatible avec ce système de protection* »[647].

La protection d'un intérêt civil inefficiente en matière de privation de liberté dans le cadre d'une procédure pénale. Dans l'arrêt *Reinprecht*, la Cour européenne des droits, étudiant le lien entre les articles 5 § 4 et le volet civil de l'article 6 § 1 de la Convention, déclare : « *Il y a conflit, dès lors que la première disposition n'impose pas en général qu'une audience sur la légalité d'une détention provisoire se déroule en public* […], *tandis que la seconde exige des audiences publiques dans son domaine d'application. Dans ce contexte, la Cour rappelle que les articles de la Convention doivent s'interpréter en harmonie les uns avec les autres (Soering c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 40, § 103). Concernant le contrôle d'une détention provisoire, il serait contraire au principe d'une interprétation harmonieuse de tirer du volet civil de l'article 6 des exigences plus strictes que celles imposées par le système complet de protection mis en place, pour les procédures pénales, par l'article 5 § 4 et le volet pénal de l'article 6* […] *Il découle des considérations qui précèdent que l'article 5 § 4 contient, pour les questions de privation de liberté, des garanties procédurales particulières qui sont distinctes des garanties procédurales de l'article 6. L'article 5 § 4 est donc la lex specialis par rapport à l'article 6. En conséquence, aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 6 de la Convention* »[648].
Ce raisonnement, cependant, prête le flanc à une critique fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne elle-même.

La reconnaissance des droits civils des personnes poursuivies au pénal. Dans une affaire *Bocellari et Rizza contre Italie*[649], la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une

[647] Même arrêt, §§ 52 et 53.
[648] Même arrêt, §§ 54 et 55.
[649] Cour EDH, 13 novembre 2007, *Bocellari et Rizza c. Italie* [Deuxième chambre], Req. n° 399/02.

mesure de confiscation de leurs biens appliquée à des personnes soupçonnées d'appartenir à une organisation mafieuse ne pouvait pas intervenir sans une audience soumise à la plénitude des garanties de l'article 6, publicité comprise : « *La Cour observe que ce genre de procédure vise l'application de la confiscation de biens et de capitaux, ce qui met directement et substantiellement en cause la situation patrimoniale du justiciable. Face à un tel enjeu, on ne saurait affirmer que le contrôle du public ne soit pas une condition nécessaire à la garantie du respect des droits de l'intéressé* »[650]. Or, évidemment, il s'agit ici de l'application de l'article 6 § 1 sous son volet civil alors que la procédure était de nature pénale[651]. Il est toutefois difficile de comprendre comment la protection des biens permettrait la mise en action de l'article 6 dans sa plénitude[652], alors qu'une telle hypothèse serait écartée pour ce qui concerne la liberté ? Comment, en effet, rester enfermé dans une vision de l'article 6 § 1 de la Convention limitée, sur le fondement de son volet pénal, à la seule détermination de la culpabilité en matière pénale ? D'autres griefs peuvent survenir, le plus important concernant la liberté. Comment la Cour européenne parviendra-t-elle à soutenir très longtemps que le moindre grief soulevé dans une procédure civile entraîne les garanties de l'article 6 § 1, contradictoire et publicité compris, et laisser ce raisonnement étranger aux contentieux s'élevant au sujet de la procédure pénale ? Comment, même si l'action civile portée devant le juge pénal appartient au volet civil de l'article 6, la matière civile pourrait être gouvernée par une approche matérielle alors qu'une approche formelle serait réservée à la matière pénale, lorsque, parfois, les mêmes droits (propriété, liberté, réputation…) seraient en jeu dans l'une et l'autre ? A l'évidence, la jurisprudence de la Cour européenne sur cette question est engagée dans un processus dynamique, qui n'est pas encore parvenu à son terme et qui pourrait bien aboutir, un jour, à l'obligation du respect d'un modèle rigoureux du procès équitable (droit à une audience publique et contradictoire devant un tribunal indépendant et impartial) dès lors que serait envisagé une atteinte d'une certaine intensité, même provisoire, à un droit protégé par la Convention[653].

Cette critique est d'autant plus vive que la Cour européenne des droits de l'homme juge, elle-même, que le contrôle du public et la nécessité de la confiance du public dans les cours et les tribunaux doivent être renforcés en matière pénale, pour laquelle, donc, l'exigence de

[650] Même arrêt, § 40.

[651] Dans le même sens : Cour EDH, 11 juillet 2002, *Goc c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 36590/97, §§ 41, 48 et 51.

[652] Même si la protection de la propriété est prévu par l'article 1 du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

[653] Lire à ce propos l'opinion séparée des juges Rozakis, Tulkens et Kalaydjieva sous l'arrêt *Micaleff*.

publicité sera plus rigoureuse que pour un contentieux de nature civile. Le principe d'une audience publique « *revêt une importance particulière en matière pénale* »[654] ; « *les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénal*e »[655] ; « *il est fondamental que les tribunaux d'une société démocratique inspirent confiance aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus* »[656] énonce régulièrement la Cour.

Sans doute pourra-t-on aussi objecter, pour cette affaire italienne, que la mesure de confiscation était définitive, alors que la privation de la liberté n'était que provisoire dans l'attente d'une décision sur le fond. Cependant, là encore, cette considération se trouve mise en difficulté par la jurisprudence de la Cour européenne elle-même.

L'exigence de la garantie de la publicité pour les mesures provisoires. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu en 2009 un arrêt *Micaleff contre Malte* qui retient que les garanties procédurales de l'article 6 s'appliquent aux mesures provisoires[657], dès lors que celles-ci sont déterminantes. La Cour fait un pas supplémentaire dans une interprétation de nature matérielle de la Convention, en relevant notamment que « [l]*'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit à un procès équitable* », mais que « [c]*ontrairement à l'article 6 de la Convention, la Charte ne limite pas ce droit aux contestations sur des « droits et obligations de caractère civil » ou « accusations en matière pénale » et ne renvoie pas non plus à des décisions relatives à de telles contestations* »[658]. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Micaleff*, a limité son revirement jurisprudentiel à la seule matière civile, mais cette modification du raisonnement conduit bien à considérer que l'article 6 § 1 s'applique à toutes les procédures litigieuses et qu'il n'y a pas lieu d'en écarter les garanties pour des considérations *ratione materiae*[659]. La Cour européenne des droits de l'homme a, par ailleurs, jugé que la phase d'injonction du procès civil *« ne saurait être vue comme distincte de la procédure sur le fond »* et que l'article 6 § 1 s'applique aux griefs liés à la procédure d'injonction[660].

---

[654] Cour EDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 22107/93, § 79.
[655] Cour EDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande* [Grande chambre], Req. n° 73053/01, § 43.
[656] Cour EDH, 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre* [Grande chambre], Req. n° 73797/01, § 118.
[657] Cour EDH, 15 octobre 2009, *Micaleff c. Malte* [Grande chambre], Req. n° 17056/06, § 31. - MARGUENAUD Jean-Pierre, « La soumission des mesures provisoires aux exigences du droit à un procès équitable et la dénonciation du lien de fraternité entre le juge et l'avocat de la partie adverse ou les grandes conséquences d'une affaire sans importance », *RTD Civ 2010*, p. 285.
[658] Cour EDH, *Micaleff*, préc., § 32.
[659] Cour EDH, 16 septembre 2010, *Anagnostou-Dedouli c. Grece* [Première section], Req. n° 24779/08, § 38
[660] Cour EDH, 21 décembre 2010, *Belperio et Ciarmoli c. Italie* [Deuxième section], Req. n° 7932/04, § 26.

La prise en compte de ces intérêts dans une procédure pénale pose aussi le problème des droits dont peut disposer la partie civile.

La prise en compte de la finalité de l'action des victimes par la Cour européenne. « *Il n'est pas contestable qu'en droit français la procédure dans laquelle une personne se prétend victime d'une infraction est déterminante pour ses droits de caractère civil dès l'acte de constitution de partie civile. De fait, l'article 6 est applicable aux procédures relatives aux plaintes avec constitution de partie civile et ce, y compris pendant la phase d'instruction* »[661] ont déjà précisé les juges de Strasbourg en février 2004 dans l'arrêt *Perez.* Toutefois, la Cour estime que l'applicabilité de l'article 6 atteint ses limites en présence d'une action civile à but strictement répressif. « *Le droit de faire poursuivre ou condamner des tiers ne saurait être admis en soi : il doit impérativement aller de pair avec l'exercice par la victime de son droit d'attenter l'action, par nature civile, offerte par le droit interne, ne serait-ce qu'en vue de l'obtention d'une réparation symbolique ou de la protection d'un droit de caractère civil, à l'instar par exemple du droit de jouir d'une bonne réputation* »[662]. Sauf démarche à but strictement répressif, la plainte avec constitution de partie civile permet donc d'entrer dans le champ d'application du volet civil de l'article 6 §1 et de revendiquer, au même titre que la personne poursuivie, un droit à la publicité de l'audience.

[661] Cour EDH, 12 février 2004, *Perez c. France* [Grande chambre], Req. n° 47287/99, § 66.
[662] *Même arrêt, § 70.*

§ 2. Les restrictions au principe de la publicité de l'audience pénale validées par la Cour européenne des droits de l'homme

Plan. La Cour européenne des droits de l'homme a défini le champ des restrictions à la publicité de l'audience pénale en se fondant strictement sur les stipulations de la Convention (A), mais aussi en acceptant la possibilité d'une renonciation à la publicité par les parties (B).

A. Les restrictions fondées sur la Convention

Les restrictions posées par l'article 6 § 1. Si le premier alinéa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pose le droit de tout accusé à ce que sa cause soit entendue publiquement par un tribunal indépendant et impartial, ce même texte prévoit des restrictions à ce principe : « *l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse ou au public, pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

La Cour européenne des droits de l'homme juge que « *même dans un contexte pénal où la publicité serait escomptée, il peut parfois se révéler nécessaire au regard de l'article 6 de limiter la transparence et la publicité de la procédure, par exemple pour protéger un témoin ou sa vie privée ou pour promouvoir le libre échange d'informations et d'opinions dans l'intérêt de la justice* ».[663]

Elle a aussi souligné que « [l]*e secret de l'instruction trouve sa raison d'être dans la sauvegarde de deux intérêts majeurs : d'une part, le respect de l'intégrité morale et de la vie privée de toute personne présumée innocente et, d'autre part, l'efficacité dans la conduite de l'instruction* […] *La Cour estime que le caractère secret de la procédure d'instruction peut se justifier par des raisons relatives à la protection de la vie privée des parties au procès et aux intérêts de la justice, au sens de la deuxième phrase de l'article 6 § 1.* »[664]

[663] Cour EDH, 15 juillet 2004, *Ernst et autres c. Belgique* [Deuxième section], Req. n° 33400/96, § 66.
[664] Cour EDH, 15 juillet 2004, *Ernst et autres c. Belgique* [Deuxième section], Req. n° 33400/96, §§ 67 et 68.

Sans restriction prévue par l'article 6 § 1, l'audience publique est de droit. Si aucune des exceptions énumérées ci-dessus ne trouve à s'appliquer dans une affaire, l'audience publique est de droit : « *le requérant avait droit, en principe, à une audience publique, puisqu'aucune des exceptions de l'article 6 § 1 ne s'appliquait* ».[665] Le même raisonnement se trouve dans l'arrêt *Engel* : sans doute existe-t-il au sujet de la publicité des exceptions que l'article 6 de la Convention énumère, mais « *il ne ressort pas du dossier que l'on se trouvât en l'occurrence dans l'une des situations où il permet d'interdire "l'accès de la salle d'audience (...) à la presse et au public"* »[666].

Pas de droit à une audience, pas de publicité. Dans une décision d'irrecevabilité de 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'elle « *ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction investie de la plénitude de juridiction* […], *que l'article 6 implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher* »[667]. Cette décision s'appuie sur deux arrêts rendus dans des affaires suédoises : *Jan-Åke Andersson contre Suède*[668] et *Allan Jacobsson contre Suède*[669].

Dans la première, l'affaire avait été débattue publiquement en première instance et le requérant avait fait appel. Il n'eut pas droit à une audience publique. La Cour européenne valida la procédure en fondant sa décision sur trois points : « *le recours ne soulevait aucune question de droit ou de fait qui ne pût se résoudre de manière adéquate sur la base d'un dossier* » ; l'infraction litigieuse, réprimée d'une faible amende, présentait un « *caractère mineur* » ; la cour d'appel n'avait pas la possibilité d'aggraver la peine[670]. Ce raisonnement, toutefois, divisa la Cour européenne des droits de l'homme. Sur vingt juges, sept votèrent contre et s'exprimèrent pas des opinions dissidentes. Les juges Walsh, Russo, Spielmann, De Meyer, Loisou et Bigi estimèrent que l'affaire ayant été débattue en fait et en droit à hauteur d'appel, l'audience devait être publique devant la juridiction du second degré[671]. Cette

[665] Cour EDH, 12 juillet 2001, *Malhous c. République Tchèque* [Grande chambre], Req. n° 33071/96, § 56.
[666] Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Allemagne* [Cour plénière] , Req. n° 5100/71; 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 89.
[667] Cour EDH, décision d'irrecevabilité, 25 avril 2002, *Varela Assalino c. Portugal* [Troisième section], Req. n° 64336/01.
[668] Cour EDH, 29 octobre 1991, *Jan-Åke Andersson c. Suède* [Cour plénière], Req. n° 11274/84.
[669] Cour EDH, 19 février 1998, *Allan Jacobsson c. Suède (n°2)* [Chambre], Req. n° 16970/90.
[670] Cour EDH, 29 octobre 1991, *Jan-Åke Andersson c. Suède* [Cour plénière], Req. n° 11274/84, § 29. Mais le principe de la prohibition de la *reformatio in pejus* ne suffit pas à motiver une absence de publicité dès lors que le débat sur la culpabilité subsiste : Cour EDH, 26 mai 1988, *Ekbatani c. Suède* [Cour plénière], Req. n° 10563/83, § 32.
[671] Opinion dissidente commune à MM. Les Juges Walsh, Russo, Spielmann, De Meyer, Loizou et Bigi, sous *Åke Andersson c. Suède.*

opinion était partagée par le Juge Cremona, qui ajouta qu'il lui était très difficile, en matière pénale, de distinguer « *entre caractère majeur et mineur de l'infraction* »[672].

Dans la seconde affaire, relative à un contentieux au sujet d'un permis de construire, la question de la publicité se posait dès la première instance. La Cour européenne, reprenant le raisonnement de l'arrêt *Jan-Åke Andersson contre Suède,* l'appliqua non plus à hauteur d'appel, après une première audience publique, mais dès la première évocation de l'affaire devant une Cour suprême. La décision disputée était une décision d'incompétence, qui relevait d'un point de droit, c'est-à-dire la constatation de l'écoulement du temps ayant entraîné l'expiration d'un droit[673]. Dans cette affaire, donc, il n'y avait « *à trancher aucune question de fait quant aux droits individuels du requérant* »[674]. C'est moins la question de la publicité de l'audience que celle de la nécessité de l'audience que tranche cet arrêt : « *la Cour n'estime* […] *pas que les observations du requérant à la Cour administrative suprême pouvaient soulever, quant au droit de construire de l'intéressé, des questions de fait ou de droit dont la solution commandait la tenue d'une audience* […] *Au contraire, les problèmes à trancher étant de caractère restreint, la Cour administrative suprême, même si elle agissait comme première et seule juridiction en l'occurrence, était dispensée de l'obligation que lui fait normalement l'article 6 § 1 de tenir une audience* »[675].

Ces deux décisions, bien que visées régulièrement dans des arrêts relatifs à la publicité, portent moins sur le caractère public de l'audience que sur le droit à une audience. La Cour, notamment pour des questions d'efficacité, estime que des questions de pur droit peuvent être jugées sur le fondement de conclusions écrites, sans la tenue d'une audience. Si le principe de la nécessité d'une audience n'est pas retenu, celui de la publicité de cette dernière n'a pas d'objet. Le raisonnement de la Cour ne tend pas à faire la distinction entre les situations qui exigeraient ou non une audience publique, mais fait le départ entre les instances qui exigent l'organisation d'une audience et celles qui peuvent être réglées par le simple examen de pièces écrites, sans qu'une audience ait à être tenue.

Cette remarque peut aussi être faite pour des affaires où d'autres éléments du procès équitable ont été mis en balance avec le droit à une audience publique, notamment l'obligation de diligence qu'exige le respect du délai raisonnable.

---

[672] Opinion dissidente de M. le Juge Cremona, sous *Åke Andersson c. Suède.*

[673] Cour EDH, 19 février 1998, *Allan Jacobsson c. Suède (n°2)* [Chambre], Req. n° 16970/90, § 48.

[674] Même arrêt, § 48

[675] Même arrêt, § 49.

La mise en balance avec l'exigence de diligence. Dans une décision d'irrecevabilité de 2002, la Cour européenne des droits de l'homme tire de la jurisprudence relative à la Suède évoquée ci-dessus que « [d]*'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics correspondent à un besoin.* »[676] Cette mise en balance de l'exigence de publicité au regard de ces autres intérêts a conduit la Cour européenne à écarter l'obligation d'un débat contradictoire public pour des « *procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement technique* »[677].

A ce dernier sujet, la Cour, dans une affaire relative à un contentieux au sujet d'une rente et après avoir constaté qu'aucune question d'intérêt public n'était soulevée, a préféré opté pour la célérité de la procédure plutôt que pour l'organisation d'une audience publique[678]. Elle considère, néanmoins, que « *des circonstances exceptionnelles, tenant à la nature des questions soumises au juge dans le cadre de la procédure dont il s'agit* […], *peuvent justifier de se dispenser d'une audience publique.* »[679] « *Elle considère, en particulier, que le contentieux de la sécurité sociale, hautement technique, se prête souvent mieux à des écritures qu'à des plaidoiries, et que l'organisation systématique de débats pouvant constituer un obstacle à la particulière diligence requise en matière de sécurité sociale, il est compréhensible que dans un tel domaine les autorités nationales tiennent compte d'impératifs d'efficacité et d'économie* »[680], surtout si l'organisation d'une audience publique est de nature « *à empêcher le respect du délai raisonnable visé à l'article 6 § 1* »[681]. Notons, ici encore que c'est le principe même de la tenue d'une audience que la Cour met en cause. C'est parce qu'il n'y a pas la nécessité d'une audience, et que la décision peut se prendre sur le seul fondement d'un dossier, qu'il n'y a pas d'audience publique.

Cependant, si la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a visé ces « *circonstances exceptionnelles* » pour la matière pénale dans l'affaire *Göç contre Turquie*, c'était pour affirmer qu'aucune circonstance de ce type n'existait dans une affaire où les intérêts civils du requérant étaient pris en compte par une juridiction pénale, le droit du

---

[676] Cour EDH, décision d'irrecevabilité, 25 avril 2002, *Varela Assalino c. Portugal* [Troisième section], Req. n° 64336/01.

[677] Cour EDH, 28 novembre 2006, *Poulain de Saint-Père c. France* [Deuxième section], Req. n° 38718/02, § 32.- Cour EDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique* [Deuxième section], Req. n° 33400/96, § 66.

[678] Cour EDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zgraggen c. Suisse* [Chambre], Req. n° 14518/89, § 58. Pour une mise en balance de la publicité avec l'exigence conventionnelle de « *délai raisonnable* » : Cour EDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande* [Grande chambre], Req. n° 73053/01, § 42.

[679] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [Grande chambre], Req. n° 58675/00, § 41.

[680] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [Grande chambre], Req. n° 58675/00, § 41.

[681] Cour EDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande* [Grande chambre], Req. n° 73053/01, § 42.

requérant à être entendu au cours d'une audience publique prenant « *le pas sur les considérations de célérité et d'efficacité* » mises en avant par le gouvernement turc[682].

La plupart des affaires dans lesquelles les circonstances de la cause ont permis de valider des procédures n'organisant pas d'audience publique et contradictoire avaient trait à des contentieux de nature civile, pour lesquels il est plus simple de trouver des litiges n'entraînant pas de questions d'intérêt public. Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme a aussi jugé qu'une audience publique pouvait ne pas être nécessaire en matière de procédure pénale : « *la Cour n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience. S'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les « accusations en matière pénale » n'ont pas toutes le même poids* »[683]. Pas ailleurs, dans l'affaire *Hermi contre Italie*, la Cour a rappelé « *que d'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics correspondent à un besoin après le procès en première instance* », avant de valider la procédure abrégée italienne, qui se déroule totalement en chambre du conseil, et qui *« semble spécifiquement viser à simplifier, donc à accélérer, les procès pénaux* »[684].

La limitation de l'obligation d'un prononcé public. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que « [l]*e jugement soit rendu publiquement* ». La version anglaise est encore moins sujette à interprétation, qui énonce « *judgment shall be pronounced publicly*… », ce qui conduit à penser que l'intention des auteurs de la Convention était de voir garanti le droit au prononcé public des décisions judiciaires. La prescription est, en effet, énoncée de manière absolue. Nous ne trouvons pas dans l'article 6 cette énumération

[682] Cour EDH, 11 juillet 2002, *Göç c. Turquie* [Grande chambre], Req. n° 36590/97, § 51.
[683] Même arrêt, § 43. Pour la position consistant à penser qu'il n'y a pas d'affaire majeure et mineure à prendre en considération au regard du procès équitable en matière pénale. Dès lors que les poursuites sont de nature pénale, tous les éléments de l'article 6 § 1 doivent trouver à s'appliquer, publicité des audiences comprise : *Opinion partiellement dissidente du Juge Loucaides, à laquelle les Juges Zupancic et Spielmann déclarent se rallier*, sous l'arrêt *Jussila*, préc.
[684] Cour EDH, 18 octobre 2006, *Hermi c. Italie* [Grande Chambre], Req. n° 18114/02, § 80.

d'exceptions à la publicité du prononcé de la décision rencontrée pour ce qui concerne le reste de l'audience.

Dans l'affaire *Campbell et Fell*[685], le gouvernement britannique soutenait que la publicité du prononcé des décisions judiciaires pouvait « *donner lieu à des restrictions tacitement autorisées* ». Cette analyse n'a pas été partagée par la Cour, qui a jugé qu'elle ne croyait pas « *possible de considérer ce principe comme assorti d'une limitation implicite.* »[686]

Il est à noter que la Convention paraît, sur ce point, plus contraignante que l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose que le « *jugement sera public* », ou pour sa version anglaise « *shall be made public* », formulation laissant toute latitude aux Etats parties pour organiser cette publicité, qui peut donc très bien prendre une autre forme que celle d'un prononcé public.

La Cour européenne, cependant, comme elle a posé le principe de l'autonomie des termes de la Convention, a aussi jugé dans deux arrêts en Cour plénière rendus le même jour[687], qu'elle n'était pas tenue à une interprétation trop stricte des dispositions relatives au prononcé des décisions[688]. Elle a donc déclaré, dans l'arrêt *Pretto*[689], qui intervenait au sujet d'un contentieux de nature civile, qu'elle « *ne cro*[yait] *pas devoir opter pour une interprétation littérale* [de l'article 6 § 1] » *: « il échet, dans chaque cas particulier, d'apprécier à la lumière des particularités de la procédure dont il s'agit, la forme de publicité du « jugement » prévue dans le droit interne de l'Etat en cause.* »[690] Appréciant le fait que la juridiction devait se prononcer en droit[691], que les audiences avaient été publiques, que la décision rendue

---

[685] Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 7819/77 et n° 7878/77.

[686] Même arrêt, § 90.

[687] Cour EDH, 8 décembre 1983, *Pretto c. Italie* [Cour plénière], Req. n° 7984/77.- Cour EDH, 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne* [Cour plénière], Req. n°8273/78.

[688] La décision est à comparer avec le principe posé dans l'arrêt Delcourt : « [d]*ans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1* […] *ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition* » : Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique* [Chambre], Req. n° 2689/65, § 25.

[689] Cour EDH, *Pretto c. Italie*, *préc. :* Dans cette affaire, le requérant soutenait que les garanties de publicité prévues à l'article 6 § 1 de la Convention n'avait pas été respectées par la Cour de cassation italienne, dont la décision à son égard n'avait pas été prononcée publiquement mais avait fait l'objet d'un dépôt au greffe, avec communication du seul dispositif aux parties.

[690] Même arrêt, § 26.

[691] Il n'y avait donc pas de procédure relative à la preuve. La remarque vaut pour le prononcé comme pour l'audience : Cour EDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande* [Grande chambre], Req. n° 73053/01, § 41 : « *L'article 6 n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Tel est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas une question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui aurait requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces.* » - Lire aussi l'opinion concordante du Juge Van Der Meesch à cet arrêt, qui soutient que le fait de souligner que la question débattue relève du pur droit n'est pas un « *obiter dictum* », dès lors que la Cour européenne dans le § 27 de son arrêt invoque à l'appui de sa décision l'exemple de plusieurs Etats partis à la Convention où la procédure de dépôt de la décision à un greffe accessible au public est en vigueur, « *spécialement* » pour les cours de cassation.

n'avait pas modifié pour le requérant les conséquences de l'arrêt attaqué, que toute personne pouvait consulter les arrêts de la Cour de cassation ou s'en procurer une copie auprès du greffe et que s'ils contenait des éléments nouveaux pour l'interprétation de la règle de droit, ils pouvaient faire l'objet d'une publication, la Cour a jugé que « *le but poursuivi en la matière – assurer le contrôle du pouvoir judiciaire par le public pour la sauvegarde du droit à un procès équitable - n'est pas moins bien réalisé, en tout cas pour l'instance en cassation, par un dépôt au greffe, permettant à chacun d'avoir accès au texte intégral de l'arrêt, que par la lecture publique –parfois limitée au dispositif -, d'une décision de rejet ou de cassation.* »[692]

Dans l'arrêt *Sutter*[693], quelques mois plus tard, un appelé du contingent critiquait la procédure suisse qui ne prévoyait ni audience publique ni prononcé public de la décision pour la procédure suivie devant le Tribunal militaire de cassation[694]. La Cour a répété à cette occasion, en reprenant la formulation de l'arrêt *Axen*, que, concernant la manière de rendre publique une décision judiciaire, « [l]*'aspect formel de la question revêt* […] *une importance secondaire au regard des fins de la publicité voulue par l'article 6 § 1. La place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique conduit la Cour, dans l'exercice du contrôle qui lui incombe en la matière, à examiner les réalités de la procédure en jeu* »[695]. Si la décision n'a pas été rendue publiquement, la Cour relève que « *toute personne justifiant d'un intérêt peut consulter le texte intégral des arrêts du Tribunal militaire de cassation ou s'en procurer une copie* »[696]. La Cour note aussi que les arrêts les plus importants de cette juridiction font l'objet d'une publication et que cela a d'ailleurs été le cas de l'arrêt *Sutter*, et que, comme dans l'affaire *Pretto*, la décision « *a rendu définitif le jugement* » attaqué « *et n'en a pas modifié les conséquences pour M. Sutter* ». Elle a donc jugé que « [e]*u égard aux questions traitées en l'espèce par le Tribunal militaire de cassation et à sa décision* […], *une interprétation littérale de l'article 6 par. 1 quant au prononcé de l'arrêt semble trop rigide et ne pas s'imposer pour la réalisation des buts de l'article 6.* »[697]

La conception matérielle du contrôle de l'application de l'article 6 amène donc la Cour a restreindre, pour l'audience, la garantie énoncée par la Convention en laissant aux Etats

[692] Cour EDH, *Pretto c. Italie*, préc., § 27.
[693] Cour EDH, 22 février 1984, *Sutter c. Suisse* [Cour plénière], Req. n° 8209/78.
[694] Le contentieux était donc de nature disciplinaire et relevait de l'article 6 de la Convention en raison d'une « *accusation* » en matière pénale, au sens autonome que la Cour donne à ce terme.
[695] Cour EDH, *Sutter c. Suisse*, préc., § 27.
[696] Même arrêt, § 34.
[697] Même arrêt, § 34.

contractants une liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs du procès équitable[698].

A contrario, les juges de Strasbourg ont estimé que ne respectait pas les impératifs de l'article 6 § 1 de la Convention, une procédure dans laquelle un tribunal de première instance, puis une cour d'appel, avaient examiné à huis clos une demande d'indemnisation pour une détention sans prononcer publiquement leur décision, et sans permettre au public, par un autre moyen, d'avoir accès à celle-ci[699]. Si la Cour européenne laisse aux Etats une marge d'appréciation pour ce qui concerne les moyens à mettre en œuvre afin de respecter le principe de la publicité de la décision judiciaire, elle ne leur laisse pas le droit de décider de la confidentialité totale.

Dans l'affaire *Moser*[700], la Cour européenne a également déclaré que, dans certaines circonstances, la possibilité d'accès au dossier pour les personnes justifiant d'un intérêt et la publication des décisions revêtant une importance juridique particulière ne suffisait pas à respecter les exigences de l'article 6 § 1 pour ce qui est de l'obligation de rendre publiquement les décisions judiciaires. La publicité, pour être effective, doit être plus large. Dans cette affaire, dans laquelle une mère réclamait la garde de son tout jeune enfant, aucune des deux décisions rendues par une juridiction ne l'avait été publiquement, la Cour invoquant la protection des mineurs. Cette restriction à la publicité n'a pas été jugée conforme à l'article 6 § 1 de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'insuffisance de la lecture du seul dispositif. Les juges de Strasbourg ont aussi eu à juger, dans un arrêt *Ryakib Biryoukov*[701], si la pratique consistant à ne lire que le dispositif à l'audience publique était conforme à l'article 6 § 1 de la Convention. A l'occasion d'une affaire *Crociani* contre Italie, la Commission européenne des droits de l'homme avait jugé irrecevable le grief des requérants qui soulevaient le fait que la condamnation pénale le concernant avait été lu à l'audience, alors que le jugement motivé relatif à son affaire n'avait été déposé au greffe qu'ultérieurement. La Commission avait relevé à cette occasion qu'il était « *de pratique courante dans les Etats parties à la Convention qu'en matière pénale les*

---

[698] Cour EDH, 16 décembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grèce* [Chambre], Req. n° 12945/87, § 33.

[699] Cour EDH, 24 novembre 1997, *Werner c. Autriche* [Chambre], Req. n° 21835/93, §§ 56-60.

[700] Cour EDH, 21 septembre 2006, *Moser c. Autriche* [Première section], Req. n°12643/02, § 103, arrêt uniquement en anglais : Le contentieux, dans cette affaire, portait sur le droit de garde d'une mère qui n'avait pas été autorisée à quitter la maternité avec sa fille âgée de quelques jours, le nourrisson étant placé dans une famille d'accueil.

[701] Cour EDH, 17 janvier 2008, *Ryakib Biryoukov c. Russie* [Première section], Req. n° 14810/02, § 45 : L'affaire portait sur un contentieux de nature civile. Le requérant, qui avait perdu un bras suite à un accident de la route et une hospitalisation, avait formé une demande civile en réparation d'un dommage corporel en soutenant que l'hôpital avait commis une faute en ne lui dispensant pas les soins qui convenaient à son état.

motifs soient souvent souscrits postérieurement à la date du prononcé de la condamnation et qu'au cours de l'audience publique il soit simplement donné lecture du dispositif. »[702] Elle avait estimé que cette manière de procéder était conforme aux exigences de l'article 6 § 1, en dégageant quatre critères auxquels elle avait accordé une importance particulière pour fonder sa décision : la condamnation, lue en audience publique, comportait l'indication du délit pour lesquels les requérants avaient été poursuivis, l'affirmation de leur culpabilité, une décision sur l'existence de circonstances aggravantes dans l'affaire jugé et le détail de la peine à laquelle ils avaient été condamnés.

Dans l'affaire *Ryakib Biryoukov*, le Gouvernement russe a estimé que ses engagements conventionnels avaient été remplis dès lors que le dispositif avait été lu en audience publique, et que la loi interne laissait aux juges un délai de trois jours pour rédiger leur décision motivée. Cependant, la loi russe n'autorisait pas les tiers à la procédure à prendre connaissance, auprès du greffe, de ce jugement motivé. Pour la Cour européenne cette impossibilité pour le public d'avoir accès aux motifs de la décision fonde une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, qui pose « *l'exigence de la publicité des jugements* »[703] : « *La Cour estime que faute pour le public d'avoir pu connaître les motifs qui lui auraient permis de comprendre les raisons du rejet des prétentions du requérant, le but poursuivi dans ce domaine par l'article 6 § 1 – à savoir assurer le contrôle du pouvoir judiciaire par le public afin de sauvegarder le droit à un procès équitable – n'a pas été satisfait.* »[704]

Il est également à noter que dans l'affaire *Jan-Åke Andersson contre Suède*, si la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une audience publique n'était pas nécessaire en appel, cette décision s'applique à un système juridique qui, comme l'a souligné le gouvernement suédois au cours de l'instance, connaît un « *contrôle effectif de l'impartialité de l'administration de la justice* » par « *l'accès du public au dossier* »[705].

La prohibition d'une exposition publique dégradante. Il ne fait nul doute que la publicité peut être la cause d'une souffrance morale pour les personnes la subissant : « *un individu peut*

---

[702] Commission européenne des droits de l'homme, décision du 18 décembre 1980, *Crociani c. Italie*, Req. n°8603/79 et 8729/ 79, Décisions et rapports 22, p. 188.
[703] Cour EDH, *Ryakib Biryoukov c. Russie*, préc., § 46.
[704] Même arrêt, § 45.
[705] Cour EDH, 29 octobre 1991, *Jan-Åke Andersson c. Suède* [Cour plénière], Req. n°11274/84, § 25. Nous insistons sur ce point, en raison de la jurisprudence – que nous observerons plus loin – un temps adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation française et qui validait une procédure présentant un défaut de publicité devant le juge correctionnel, en matière d'infraction au Code de l'urbanisme. Une différence essentielle entre la situation française et suédoise est la possibilité (et le droit), pour le public suédois, d'accéder à tous les éléments d'un dossier autrement que par l'audience publique.

être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal »[706]. Selon sa jurisprudence relative à l'article 3 de la Convention, la Cour juge que pour « *qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne puissent être qualifiés « d'inhumains » ou de « dégradants », la souffrance ou l'humiliation doivent* [...] *aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes* »[707]. Un tel dépassement peut être réalisé par l'exposition publique de la personne poursuivie, dans une situation humiliante ou dégradante. A cet égard, la Cour reconnaît que *« le caractère public du traitement* » peut « *constituer un élément pertinent* » au regard de l'article 3 de la Convention[708].

Pour la question du port des menottes, par exemple, la Cour juge qu'il « *ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une arrestation ou une détention légales et n'entraîne pas l'usage de la force, ni d'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire dans les circonstances de l'espèce* »[709]. Elle a cependant aussi jugé que même s'il n'était pas démontré que la mesure litigieuse était destinée à avilir ou humilier, « *l'exposition du requérant en menottes durant les audiences publiques »* de son procès *« sans qu'une telle mesure ait été raisonnablement nécessaire à la sécurité du public ou à la bonne administration de la justice, constitua un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.* »[710] En revanche, la Cour européenne n'a pas jugé que le procès public d'un enfant de onze ans en matière criminelle constitue un « *traitement dégradant* » au sens de l'article 3 de la Convention[711].

Des restrictions soumises au principe de proportionnalité. Que les restrictions découlent des prévisions de l'article 6 § 1, de la mise en concurrence avec d'autres éléments du procès équitable ou d'une renonciation à la publicité, la décision relève du principe de la mise en balance des intérêts. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme déclare non-conforme à la Convention des dispositions législatives qui ne permettent pas, pour les matières régies par l'article 6 § 1, de demander la publicité de l'audience[712] ou encore de n'avoir aucune chance de voir sa demande aboutir si elle était formée[713]. « [L]*orsque, tant en appel le cas échéant*

---

[706] Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 5856/72, § 30.
[707] Cour EDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne* [Grande chambre], Req. n° 54810/00, § 67. - Cour EDH, 6 avril 2000, *Labita c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 26772/95, § 120.
[708] Cour EDH, 16 décembre 1997, *Raninen c. Finlande* [Chambre], Req. n° 29972/92, § 55.
[709] Cour EDH, 24 mai 2007, *Gorodnitchev c. Russie* [Première section], Req. n° 52058/99, § 101.
[710] Même arrêt, § 108.
[711] Cour EDH, 16 décembre 1999, *T. c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n° 24724/94, § 84.
[712] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [Grande chambre], Req. n° 58675/00, § 43.- Cour EDH, 26 septembre 1995, *Diennet c. France* [Chambre], Req. n° 18160/91, § 34.
[713] Par exemple, si la loi peut être envisagée comme permettant de demander la publicité de l'audience, mais que celle-ci ne soit jamais accordée par les juridictions : « *Dès lors, on ne saurait reprocher à l'intéressé de n'avoir*

qu'en première instance, une procédure « civile » au fond se déroule à huis clos en vertu d'une règle générale et absolue, sans que le justiciable ait la possibilité de solliciter une audience publique au moyen des particularités de sa cause. Une procédure se déroulant ainsi ne saurait en principe passer pour conforme à l'article 6 § 1 de la Convention […] : *sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, le justiciable doit au moins avoir la possibilité de solliciter la tenue de débats publics, le huis clos pouvant alors cependant lui être opposé, au regard des circonstances de la cause et pour les motifs suscités »*[714].

Ainsi donc, les procédures non publiques, qui sont l'exception à la règle générale de la publicité des audiences[715], ne peuvent faire l'objet, sans encourir le risque d'une violation de la Convention, de dispositions *in abstracto* pour des catégories entières d'affaires pour des considérations de circonstances ou de personnes. L'exception à la publicité ne peut se décider qu'*in concreto*, au regard des faits et circonstances particulières de chaque affaire, y compris, par exemple, pour des affaires concernant des mineurs ou des victimes de viol. La règle vaut pour chaque audience, même si la nature et la portée des exceptions peuvent varier selon la phase procédurale en matière pénale, par la prise en considération, par exemple pour l'instruction, de la protection de la vie privée, de la réputation et du droit à un procès équitable de la personne en cause ainsi que celle de l'intérêt de la justice.

Le principe de la publicité des audiences peut aussi être remis en cause, dès lors qu'aucun intérêt public n'existe qui commanderait la publicité. La renonciation à cette dernière par les personnes parties à la procédure est alors validée par la Cour européenne des droits de l'homme.

B. L'acceptation jurisprudentielle de la renonciation à la publicité

Une restriction à la publicité par la renonciation. Le droit à la publicité de l'audience garanti par l'article 6 § 1 n'est ni intangible, ni inaliénable. « *Ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré aux garanties*

---

pas formulé une demande qui n'avait aucune chance d'aboutir ». Cour EDH, 24 novembre 1997, *Werner c. Autriche* [Chambre], Req. n° 21835/93, § 48.- Le même raisonnement peut être observé dans un cas différent (interprétation restrictive de la loi par les tribunaux) dans Cour EDH, 12 juillet 2001, *Malhous c. République Tchèque* [Grande chambre], Req. n° 33071/96, § 59.

[714] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [Grande chambre], Req. n° 58675/00, § 42.

[715] Cour EDH, 24 avril 2001, *B. et P. c. Royaume-Uni* [Troisième section], Req. n° 36337/97 et 35974/97, §§ 37 et 39.

d'un procès équitable de manière expresse ou tacite »[716], juge ainsi la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'affaire *H. contre Belgique*, qui mettait en cause une procédure devant une instance ordinale, la Cour a estimé que « *telle que la consacre l'article 6-1, la règle de la publicité peut aussi céder parfois devant la volonté de l'intéressé. Sans doute, la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer, mais il n'en va pas de même de certains autres. Ainsi, ni la lettre, ni l'esprit de l'article 6-1 n'empêchent un avocat de renoncer à la publicité de son plein gré et de manière non équivoque, une procédure se déroulant dans le secret avec l'accord de l'intéressé n'enfreint pas la Convention.* »[717] Ici, le requérant était un avocat comparaissant devant son conseil de l'ordre. Le principe de cette solution avait été posé quelques années plus tôt à l'occasion de deux affaires dans lesquelles était impliqué M. Le Compte, et où les personnes convoquées devant leur conseil ordinal étaient des médecins[718].

D'abord posé dans des domaines auxquels la Cour européenne des droits de l'homme avait appliqué l'article 6 § 1 par extension jurisprudentielle, le principe de la renonciation à la publicité a ensuite migré au cœur des situations juridiques prévues par les auteurs de la Convention : pour les cas classiques de « *contestations sur* [des] *droits et obligations de caractère civil* », bien sûr, mais aussi, ce qui nous intéresse davantage, pour les cas relevant du « *bien-fondé de toute accusation en matière pénale* ».

La Cour européenne des droits de l'homme, tout en l'admettant dans le cas qui lui était soumis, a posé une double limite à la renonciation à la publicité dans son arrêt *Häkansson et Sturesson contre Suède* : *« pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* »[719]. Ce dernier point rappelle qu'il n'est pas question, pour la Cour européenne des droits de l'homme, que la décision de la publicité des audiences en matière pénale, soit totalement abandonnée à la volonté des personnes poursuivies. Ainsi, dans l'affaire *Albert et Le Compte*, le délégué de la Commission déclarait : « *En tout état de cause, il n'apparaît pas à la Commission qu'il appartienne aux seuls prévenus de décider de l'opportunité de la publicité des débats. La règle de la publicité est une garantie objective de*

[716] Cour EDH, 18 octobre 2006, *Hermli c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 18114/02, § 73.
[717] Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 8950/80 , § 54.
[718] Cour EDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 6878/75, 7238/75, § 59. La Cour déclare que la procédure à huis clos utilisée par le conseil ordinal ne respectait pas l'article 6 § 1 de la Convention, mais souligne que si les requérants avaient renoncé à la publicité (ce qui n'était pas le cas), elle aurait déclaré la procédure conforme à l'article 6 § 1. La deuxième affaire est : Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 7299/75, 7496/76, § 35. Même solution.
[719] Cour EDH, 21 février 1990, *Häkansson et Sturesson c. Suède* [Chambre], Req. n° 11855/85, § 67.

la bonne administration de la justice. C'est au tribunal d'apprécier la nécessité d'y déroger »[720].

La définition du terme « *équivoque* » dans *Le grand Larousse de la langue française* est : « *Qui peut être interprété selon deux sens opposés, ou selon plusieurs sens* »[721]. Nous voyons cependant, pour notre part, deux possibilités à l'absence de demande de la publicité de l'audience dans cette affaire : soit les requérants ne désiraient pas que l'audience soit publique ; soit ils ignoraient qu'ils pouvaient demander la publicité de l'audience[722]. C'est, en tout cas, déjà, une possibilité de trop pour que nous ne soyons pas dans l'équivoque. Que la Cour européenne retienne la possibilité d'un accord tacite dans l'affaire *H. c Belgique*, dans laquelle le requérant était un avocat, pourrait s'envisager si on considère que par la nature de sa profession et de ses connaissances juridiques, la juridiction peut présumer qu'il connaissait les dispositions procédurales relatives à sa comparution devant son conseil de l'Ordre[723]. Mais M. Sune Sturesson était agriculteur à Skånes Fagerhult en Suède, et il n'apparaît pas dans la procédure rapportée devant la Cour européenne des droits de l'homme qu'il était assisté d'un avocat lors de l'audience disputée. Comment, dès lors, être certain qu'il connaissait ses droits procéduraux et que c'est en connaissance de cause qu'il a renoncé, « *de manière tacite* », à la publicité de l'audience qu'il aurait pu réclamer ?

Flauss interprète la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Häkansson et Sturesson* comme destinée à obvier une éventuelle « *intention maligne proche de l'abus de procédure* » qui consisterait à remettre en cause, après coup, des décisions judiciaires sur le fondement de l'absence de publicité, alors que cette question n'était en rien déterminante au jour des débats et n'a été évoquée par personne[724].

Dans les arrêts suivants, cependant, la Cour européenne des droits l'homme établira un rapport de proportionnalité entre la rigueur avec laquelle doit être apprécié le caractère tacite d'une renonciation et l'importance des intérêts en jeu : « *pareille renonciation doit, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, se trouver établie de manière non équivoque et s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité* »[725]. Rendu au sujet de l'absence à l'audience du requérant, le raisonnement est repris par la Cour européenne pour ce qui concerne la possibilité d'une renonciation tacite en matière de

[720] Cour EDH, audiences publiques du 27 septembre 1982, *Albert et Le Compte c. Belgique*, B 50, p 92.
[721] *Grand Larousse de la langue française*, vol. 2, Paris, Larousse, 1972, p. 1715.
[722] Nous mettons de côté, pour cette démonstration, l'hypothèse fort probable que cela leur était indifférent.
[723] Même si, dans cette affaire, la Cour a jugé le contraire en retenant que « *les pièces produites ne montrent pas que H. ait entendu renoncer à un procès public* ». Cour EDH, *H. c. Belgique*, préc., § 54.
[724] FLAUSS Jean-François, « Actualités de la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA*, 1995, p 730.
[725] Cour EDH, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France* [Grande chambre], Req. n° 14032/88, § 31.

publicité de l'audience[726]. Par ailleurs, nous pouvons observer dans les décisions les plus récentes la grande importance donnée à l'assistance d'un avocat dans l'appréciation du caractère à la fois tacite et non équivoque d'une renonciation : « *la requérante, qui était assistée d'un avocat, était sans doute en mesure de connaître les conséquences découlant de sa demande d'adoption de la procédure abrégée. La Cour considère donc qu'elle a renoncé sans équivoque à son droit à une audience publique…* »[727]

La prise en compte particulière de la renonciation en matière de privation de liberté. La nature de certains droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ne permet pas d'abandonner la faculté de les exercer. C'est le sens d'un arrêt de 1971, dans lequel la Cour européenne juge à propos de la privation de liberté : « *Le fait de se présenter à la police en vue d'un internement peut être inspiré par la détresse ou une misère passagère* […] *le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une "société démocratique", au sens de la Convention, pour qu'une personne perde le bénéfice de la protection de celle-ci du seul fait qu'elle se constitue prisonnière. Une détention pourrait enfreindre l'article 5 (art. 5) quand bien même l'individu dont il s'agit l'aurait acceptée. Dans une matière qui relève de l'ordre public au sein du Conseil de l'Europe, un contrôle scrupuleux, de la part des organes de la Convention, de toute mesure pouvant porter atteinte aux droits et libertés garantis, est commandé dans tous les cas* »[728]. La Cour européenne, cependant, va valider les procédures alternatives aux audiences sur le fond, quand bien même ces procédures aboutiraient-elles, sans audience publique, à une condamnation à une peine privative de liberté.

Les procédures alternatives. Les procédures pénales alternatives, ne prévoyant pas d'audience publique et contradictoire destinées à statuer sur la culpabilité, sont validées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sur le fondement de la reconnaissance de sa culpabilité par la personne poursuivie et sa renonciation à certains éléments du procès équitable, dont la publicité de l'audience. Saisie de cette question en 1982, elle avait relevé que la renonciation au droit à un tribunal et à une audience publique existait déjà en matière pénale dans les législations des Etats membres avec le système des amendes

[726] Cour EDH, 18 octobre 2006, *Hermi c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 18114/02, § 73.
[727] Cour EDH, décision d'irrecevabilité, 30 novembre 2000, *Kwiatkowska c. Italie* [Quatrième section], Req. n° 52868/99.
[728] Cour EDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* [Cour plénière], Req. n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, § 65.

de composition, que la Cour européenne des droits de l'homme a validé en indiquant : « *Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention.* »[729]
Cette position ouvre la voie à une justice pénale négociée, l'abandon de droits conventionnels étant consenti en raison d'avantages au bénéfice de la personne accusée, à l'image du *plea bargaining* américain, dont on peut se demander s'il n'est pas l'avenir de notre propre procédure.

***Plea bargaining* : la divergence européenne.** Un tel rapprochement en matière de *plea bargaining* paraît logique, puisque nous avons observé la proximité initiale existant entre le système anglo-américain et le droit conventionnel européen. Cependant, à partir de principes pourtant communs, la jurisprudence européenne a divergé de celle des Etats-Unis sur ce sujet, et une des plus importantes différences entre renonciation à des éléments du procès équitable à l'européenne et le *plea bargaining* à l'américaine, porte, précisément, sur la question de la publicité des audiences. Il convient, pour s'en convaincre, de se pencher plus avant sur l'institution du *plea bargaining* afin de voir comment il se différencie du système mis en place par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le développement du *plea bargaining.* Si le procès par jury est hautement proclamé par la Constitution des Etats-Unis[730] au rang des principes fondateurs, sa réalité dans ce pays est minoritaire en matière pénale, au point que Langbein ait fini par utiliser le terme de « *mythe* »[731] à son sujet. Le professeur de Droit de l'Université de Yale décrit même un système judiciaire américain saisi d'une forme de dissociation, pour ne pas dire de schizophrénie, entre ce que la Constitution des Etats-Unis promet à cet égard et la réalité quotidienne[732].
En 1970, la Cour suprême des Etats-Unis considérait le *plea bargaining*, c'est-à-dire une procédure négociée sans le recours à un jury de jugement, comme inhérente à la loi pénale et

[729] Cour EDH, audiences publiques du 27 septembre 1982, *Albert et Le Compte c. Belgique*, B 50, p. 92.
[730] Le droit à un procès rapide et public par jury est proclamé par le sixième amendement à la Constitution des Etats-Unis.
[731] LANGBEIN John, « *On the Myth of written Constitution : The disappearance of criminal Jury Trial* », *Harvard Journal of Law and Public policy*, vol. 15, 1992, pp.119-127, spécialement p. 126.
[732] *Ibid*., p. 120 : « *This article discusses the astonishing discrepancy between what the constitutional texts promise and what the criminal justice system delivers* ».

à son administration[733]. Son développement était même appelé des vœux de la Cour suprême américaine dès l'année suivante[734].

Citant les statistiques fédérales américaines pour l'année 1988[735], Langbein relevait que sur 100 affaires pénales, 91 se terminaient par un *plea bargaining*[736] et 4 par un *bench trial*[737]. Le procès par jury ne concernait donc déjà plus, en 1988, que 5 % des affaires dont étaient saisis les tribunaux américains. Le phénomène s'est encore amplifié depuis puisqu'en 2007, 97 % des personnes poursuivies pour des infractions fédérales aux Etats-Unis ont plaidé coupable[738]. Dans certaines cours fédérales, la proportion des personnes plaidant coupable a même frôlé les 99 % en 2007[739]. Le *plea bargaining* n'est donc pas un ajout au système pénal américain, il *est* le système pénal américain[740]; ce qui renvoie, effectivement, le procès par jury au rang de mythe.

Langbein explique le développement de ce type de règlement des affaires pénales par la complexité toujours croissante des procédures. En un sens, trop de garanties procédurales détruisent les garanties procédurales[741], lorsque les justiciables finissent par se tourner vers

---

[733] Cour suprême des Etats-Unis, *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 751 (1970) : *plea bargaining is « inherent in the criminal law and its administration »*.

[734] Cour suprême des Etats-Unis, *Santobello v New York*, 404 U.S. 257, 261 (1971) : plea bargaining is « *not only an essential part of the* [criminal] *process but a highly desirable part* » de la procédure pénale.

[735] United States Departement Of Justice, Bureau Of Justice Statistics, *Felony Sentences States Courts, 1988, at 1* (1990). Pour des travaux de recherche relatifs à l'ampleur de la procédure de *Plea Bargaining* aux Etats-Unis : GUIDORIZZI Douglas, « *Should We Really 'Ban' Plea Bargaining ? The Core Concerns of Plea Bargaining Critics* », *Emory Law Journal*, vol. 47, 1998.

[736] Cette procédure, apparue à la fin du XIXe siècle aux Etats-Unis, s'est développée de manière importante à partir des années 1920, pour finir par devenir totalement dominante dans le système pénal américain : FRIEDMAN Lawrence, « *Plea Bargaining in Historical Perspective* », *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, pp. 247-256.- ALSCHULER Albert, « *Plea Bargaining and Its History* » , *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, pp. 221-223.- LANGBEIN John, « *Understanding the Short History of Plea Bargaining* », *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, pp. 261-262.

[737] Procès simplifié, se déroulant devant un juge, sans l'intervention d'un jury.

[738] U.S. Sentencing Commision's Sourcebook Of Federal Sentencing Statistics For Fiscal Year 2007, Fig. C, Table 10. Par ailleurs, le service des statistiques fédérales présente un tableau indiquant la part des affaires pénales réglées par audience contradictoire devant un jury. Cette procédure représentait 10 % des cas en 1970, 8 % en 1980, 6 % en 1988, 2 % en 1999, 4 % en 2001, 2 % en 2003 : http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/glance/tortperctrial.cfm

[739] *Idem*.

[740] SCOTT Robert, STUNTZ William, « *Plea Bargaining as Contract* », *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, p. 1912 : *plea bargaining « is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system »*.

[741] LANGBEIN John, « *Understanding the Short History of Plea Bargaining* », *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, p. 265 : *« The hard question, which remains unresearched, is why the pressure for greater safeguard led in Anglo-American procedure to the common law of evidence and dominance of the trial by lawyers, reform that ultimately destroyed the system in the sense that they rendered trials unworkable as on ordinary or routine dispositive procedure for cases of serious crime »* .

des procédures plus expéditives, mais moins longues[742], moins coûteuses et, au final, moins répressives[743].

Le *plea bargaining* est un contrat[744] entre la personne poursuivie et l'Etat. La première renonce à une partie de ses droits constitutionnels : celui d'un procès par juré, celui d'être confronté à son accusateur ou celui de ne pas s'incriminer soi-même[745], et accepte de plaider coupable pour une infraction d'une gravité inférieure à celle pour laquelle elle est poursuivie. Parfois, la personne poursuivie peut aussi s'engager à donner des informations sur d'autres personnes, poursuivies dans la même affaire ou non[746]. En échange, la personne plaidant coupable s'expose à une peine moins sévère que celle qu'elle encourrait si elle devait se défendre au cours d'une audience sur le fond, devant un jury. L'essence du *plea bargaining*, même si la décision appartient au juge et non au procureur[747], est que ce dernier s'engage à faire (ou ne pas faire) certaines recommandations de sentence au juge en échange de l'abandon, par la personne poursuivie, de droits constitutionnels[748].

L'audience de jugement se déroule publiquement. Dans une interview publiée le 16 décembre 2003, le Juge Michael Mc Spadden (Cour criminelle de Houston, Texas) expliquait prendre garde, lors d'une affaire de *plea bargaining*, aux intérêts de la société et de l'accusé. Il affirmait porter une grande attention à la capacité de compréhension et de discernement de

---

[742] En 2004, la procédure était plus rapide de 5,4 mois pour une personne plaidant coupable par rapport à une personne décidant de se défendre à l'audience : *U.S.Departement Of Justice, Compendium Of Federal Justice Statistics*, 2004, p. 60, Fig. 4.2.

[743] En 2004, en matière pénale, 77 % des personnes ayant plaidé coupable dans des affaires fédérales ont été condamnées à une peine de prison, contre 88 % de celles qui ont choisi le procès par jury : *U.S. Department Of Justice, Compendium of Federal Justice Statistics*, 2004, p. 70, Fig. 5.3.- Les peines d'emprisonnement en 2004 étaient : 148, 2 mois de prison pour une audience avec jury contre 56,2 mois pour un *plea bargaining* : *U.S. Departement Of Justice, Compendium of Federal Justice Statistics*, 2004, p. 70, Fig. 5.3.

[744] SCOTT et STUNTZ, « *Plea Bargaining as Contract* » , préc. - CICCHINI Michale, « *Broken Government Promises : A Contract-Based Approach to Enforcing Plea Bargains* » , *New Mexico Law Review*, vol. 38, 2008, p. 159.

[745] Pour la renonciation aux droits constitutionnels dans la procédure de *plea bargaining* : Cour suprême des Etats-Unis, *Florida v. Nixon*, 543. U.S. 187 (2004) : « *By entering a guilty a defendant waives constitutional rights that inhere in a criminal trial, including the right to trial by jury, the protection against self-incrimination and the right to confront one's accusers* ».

[746] Cour suprême des Etats-Unis, *Santobello v. New York*, 404 U.S. 261 (1971). Cette possibilité est par ailleurs prévue au 18 § 3553 (e) de l'U.S. Code, « *allowing departures under the federal sentencing guidelines for criminal defendants who provide substantial assistance in the investigation or prosecution of another person who had commited an offense* ». Pour une lecture critique de ces dispositions : STANDEN Jeffrey, « *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines* » *California Law Review*, vol. 81, 1993, p. 1471.

[747] Cour suprême des Etats-Unis, *Santobello v. New York*, 404 U.S. 262 (1971). Pour le contrôle de la procédure par le juge : Cour suprême des Etats-Unis, *United States v. Olano*, 507 U.S. 725 (1993).- Cour suprême des Etats-Unis, *Johnson v. United States*, 520 U.S. 466 (1997).

[748] *National Association Of Criminal Defense Lawyers, Brief of the National Association of Criminal Defense Lawyers as Amicus Curiae in Support of Petitioner*, tierce intervention devant la Cour Suprême des Etats-Unis dans *Puckett v. United States of America*, Req. n° 07-9712, lettre du 24 novembre 2008, spécialement, 4.I.3, p. 8. Dans ce sens également les règles criminelles fédérales *: Federal Rules of Criminal Procedure 11(c)(1)(B) et 11 (c)(3)(B).*

l'accusé, et renvoyer systématiquement au procès par jurés tout accusé dont l'interrogatoire à l'audience fait transparaître qu'il a plaidé coupable pour d'autres raisons que sa culpabilité[749]. Même une justice négociée nécessite le contrôle du public : les intérêts de la collectivité n'ont-ils pas été trahis par l'accord entre le représentant de la société et l'accusé ? Les droits de ce dernier n'ont-ils pas été bafoués ? Etait-il en mesure, intellectuelle par exemple, d'accepter une telle renonciation à ses droits ? S'appliquant à des affaires criminelles pour des peines parfois extrêmement lourde, la procédure américaine de *plea bargaining* n'a jamais mis la publicité de la procédure de jugement dans les droits constitutionnels à abandonner par l'accusé. De la même façon, une procédure non publique ne figure pas parmi les avantages que peut demander une personne accusée. L'accord entre accusation et défense est présenté devant le juge, en audience publique, la juridiction ayant le pouvoir de poser toutes les questions qu'elle croit utile avant d'accepter ou de refuser le *plea bargain*. La peine capitale ne peut être prononcée qu'après un jugement par jury[750], mais une peine de prison à vie peut être prononcée à l'issue d'une procédure par *plea bargaining*[751].

A l'inverse, il est à noter que la Cour européenne des droits de l'homme accepte le principe d'une procédure secrète, en chambre du conseil par exemple, menant à une condamnation à plusieurs années de prison, et valide donc la possibilité d'une renonciation de l'accusé à la publicité dans le cadre d'une décision négociée. Dans l'affaire *Hermi*, « *la Cour relève que le manque de publicité des débats découlait de l'adoption de la procédure abrégée, une démarche simplifiée que le requérant a lui-même sollicitée de son plein gré. Cette procédure entraîne des avantages indéniables pour l'accusé : en cas de condamnation, il bénéficie d'une importante réduction de peine et le parquet ne peut interjeter appel des jugements de condamnation qui ne modifient pas la qualification juridique de l'infraction* […] *En revanche, la procédure abrégée est assortie d'un affaiblissement des garanties de procédure offertes par le droit interne, notamment en ce qui concerne la publicité des débats et la possibilité de demander la production d'éléments de preuve non contenus dans le dossier du Parquet* […] *La Cour estime que le requérant, qui était assisté de deux avocats de son choix, était sans nul*

---

[749] Frontline, *Interview Judge Michael McSpadden*, 16 décembre 2003 : *« I can either accept or reject any plea bargain. If the plea bargain is made, the court's responsibility during the admonishments or in the litany of warnings – I make sure that defendant who is pleading guilty or pleading no contest is doing so in an intelligent, voluntary manner, so tat he knows exactly what he's doing […] If I fell that anyone's qualifying in their response, [I say]," Are you pleading guilty because you are guilty ?" There's a long hesitation and they'll say, " No, Judge, I really feel like I have to", I'm not going to take that plea; we're going to set up a trial. As simple as that. If at any time during the litany of admonishments that I give out there; if I in any way perceive this person pleading because of other reasons than being guilty, I'm not going to take the plea. We're going automatically set up a trial ».* http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/interviews/mcspadden.html

[750] Cour suprême des Etats-Unis, *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).

[751] Cour suprême des Etats-Unis, *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

doute en mesure de connaître les conséquences découlant de sa demande d'adoption de sa procédure abrégée. De plus, il n'apparaît pas davantage que le différend ait soulevé des questions d'intérêt public s'opposant à la renonciation de procédure susmentionnées »[752].

La Cour européenne considère que l'assistance d'un avocat garantit le respect des droits de la défense, mais qu'est ce qui va garantir l'exercice de la mission de ces derniers si des procédures criminelles peuvent être conduites sans recours aucun à la publicité des décisions et du raisonnement judiciaire ?

[752] Cour EDH, 18 octobre 2006, *Hermi c. Italie* [Grande chambre], Req. n° 18114/02, §§ 78 et 79.

Conclusion du Titre I

La publicité de l'audience pénale est désormais installée au cœur du procès équitable européen, même si ses garanties sonct celles qui se diffusent le plus lentement à l'ensemble du procès pénal. Cette approche est la conséquence de l'influence américaine sur les textes internationaux adoptés après la Seconde Guerre mondiale. Dès lors, le principe de la publicité doit être abordé dans ses différents aspects au regard de la philosophie juridique américaine et plus largement anglo-saxonne, ce qui ménera nécessairement toute réflexion à ce sujet vers le lien unissant publicité de l'audience pénale et liberté d'expression dans un même dessein de préservation de la forme démocratique des sociétés. L'influence américaine, si elle a été relayée par les représentants anglais lors de l'élaboration de la Convention, a cependant ses limites, et celles-ci se trouvent dans la jurisprudence, notamment contemporaine, de la Cour européenne des droits de l'homme qui, sous l'influence des traditions juridiques régionales, se distingue par plusieurs aspects de celle de la Cour suprême des Etats-Unis. Il y a bien un procès équitable « *à l'européenne* », et dès lors un rapport à la publicité de l'audience propre au continent européen, aussi bien dans son principe que dans les modalités de sa mise en œuvre.

Moyen de protection matériel, la publicité a trouvé sa place au sein du modèle procédural qu'est le procès équitable. La publicité est un droit fondamental en soi et un moyen de préserver les autres droits fondamentaux. Le procès équitable à l'européenne, cependant, n'implique pas toujours un procès pénal réglé par un débat contradictoire au cours d'une audience publique destinée à recevoir la production des preuves. L'acceptation, par la Cour, de la renonciation à la publicité laisse aussi la place à une justice négociée et aux mesures alternatives aux poursuites pénales que sont en France la composition pénale, la médiation pénale et les mesures de classement sous conditions, qui se caractérisent toutes par une absence de publicité.

Le principe de la publicité de l'audience pénale et sa portée, tels que définis par la Cour européennes des droits de l'homme, doivent cependant être reçus par les systèmes judiciaires nationaux, dont certains, comme celui de la France, n'ont ni les mêmes sources, ni le même système juridique, ni la même mentalité ni les mêmes traditions que les pays de *Common Law*.

Titre II
La publicité de l'audience pénale en droit interne

Plan. Le législateur contemporain en renforçant, loi après loi, le principe de la publicité en matière de procédure pénale, le faisant déborder de son cadre décisoire historique pour l'insuffler, également, dans la phase préparatoire au nom de la diffusion des principes directeurs à l'ensemble du procès pénal, le justifie selon un raisonnement qui avait été largement oublié pendant deux siècles dans notre pays (chapitre 1). Cependant, de manière symétrique, l'évolution de la jurisprudence tend, dans le même temps, à affaiblir le principe de la publicité des audiences (chapitre 2).

Chapitre 1
La justification par le législateur du principe de la publicité de l'audience

Le modèle mixte napoléonien. Dans le modèle mixte qui caractérise la législation napoléonienne, la phase décisoire est accusatoire, c'est-à-dire publique, orale et contradictoire. L'affaire est exposée dans le prétoire, sans que le recours à l'écrit soit nécessaire pour suivre les débats. Les parties sont libres de contester les propos de l'adversaire sous les yeux et les oreilles attentives du juge, le tout sous le contrôle du public.

La phase préparatoire, en revanche, est gouvernée par le principe de l'inquisitoire, c'est-à-dire une procédure écrite, non contradictoire et secrète. Chaque acte est rédigé sur un document qui s'insére dans un dossier. L'instruction est confié à un juge, fonctionnaire public permanent imposé aux parties. Il n'est pas un simple arbitre, mais un directeur d'enquête. Dans son application rigoureuse, la procédure inquisitoire est secrète, même à l'égard de la personne poursuivie.

Posé par le Code d'instruction criminelle de 1808, ce partage entre accusatoire et inquisitoire se présente « *comme une œuvre de superposition entre les dispositions contraires des deux législations antérieures, l'Ordonnance de 1670 et les lois de 1791.* »[753] Au temps où cette division était rigoureuse, le traitement de la question de la publicité du procès pénal était totalement induit par cette césure procédurale : la publicité d'un côté, le secret de l'autre.

Cette division est aujourd'hui largement caduque. Des procédures sont apparues permettant d'aboutir à une condamnation sans avoir recours à une audience décisoire. Dans le même

[753] GARRAUD René, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, t. 1, 1907, p. 96.

temps, le principe du contradictoire s'est diffusé dans la phase d'instruction, entraînant dans son sillage celui de la publicité des débats contradictoires.

Un nécessaire retour aux principes fondateurs. Une autre approche de la question de la publicité des audiences pénales est donc nécessaire. Nous proposons de la fonder sur un retour aux principes. Le mot « *principe* » découle du terme latin *principium*, qui signifie « *commencement* », « *fondement* », « *origine* »[754]. Pour ce qui concerne la publicité de l'audience en procédure pénale, ce commencement dans notre procédure pénale moderne peut être précisément daté. Il se trouve dans une rupture amorcée lors de la séance de l'Assemblée nationale du 29 septembre 1789[755]. L'effet de ces débats, le décret d'octobre 1789[756], « *provisoire* » selon ses auteurs, a durablement posé le principe de la publicité des audiences pénales dans notre droit moderne. Dans ce décret originel, la nécessité de la publicité de l'audience apparaissait lorsqu'était réalisée l'une ou l'autre de deux situations juridiques clairement énoncées.

Plan. C'est ce plan fondateur que nous reprendrons ici en traitant successivement de la publicité de l'audience naissant avec l'accusation, dans le sens du « *reproche fait à une personne d'avoir commis une faute* »[757], dans une logique procédurale (Section 1), et de la publicité de l'audience naissant avec la privation de liberté, dans une logique matérielle (Section 2).

[754] GAFFIOT Félix, *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, pp. 1238 et 1239
[755] Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789, *Gaz. nat*., n° 65, du 29 au 30 septembre 1789.
[756] France, *Lois et actes du gouvernement, août 1789-septembre 1790*, vol. 1, Paris, Imprimerie impériale, 1806, p 11.
[757] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 15.

Section 1. La publicité dès la naissance de l'accusation

La publicité dans le droit d'Ancien régime. La publicité des audiences judiciaires existait dans le droit d'Ancien régime. Elle concernait les affaires civiles et les affaires pénales ordinaires. La procédure inquisitoire, secrète donc, était réservée à l'extraordinaire[758], qui concernait les affaires criminelles les plus graves. « *L'ordre commun de la justice en France, est qu'elle soit rendue publiquement. C'est à l'audience publique que se portent naturellement les causes* », écrivait en 1775 Malesherbes plaidant dans ses remontrances au jeune Louis XVI[759] pour l'extension de la publicité judiciaire à la matière criminelle.

Denisart, pour sa part, donnait la définition suivante du terme « *audience* » : « *Donner audience en termes de palais, c'est accorder à des parties la faculté d'exposer, devant le juge, dans un lieu public, soit de leur propre bouche, soit par celle de leurs défenseurs, les moyens qu'elles ont à faire valoir dans les contestations qui les divisent* »[760]. Il ajoutait : « *Ouvrir l'audience, c'est annoncer l'entrée libre du lieu où elle se tient* »[761].

L'affirmation de la publicité de l'audience pénale, en 1789, doit donc se concevoir comme l'extension à la matière criminelle d'une pratique et d'une jurisprudence qui régissaient, déjà, la matière civile. Ce furent, bien souvent, les mêmes juges qui statuèrent juste avant et juste après l'été 1789. La publicité s'étendant à la matière pénale par la volonté des lois révolutionnaires, ces magistrats se sont référés naturellement à ce qu'ils connaissaient : la procédure civile d'Ancien régime. Les solutions relatives à la publicité des audiences ne sont donc pas sorties *ex nihilo* du raisonnement des juridictions de la période révolutionnaire. Elles n'étaient que la transposition à la matière pénale d'une jurisprudence civile très ancienne fondée, parfois, sur des ordonnances royales datant de plusieurs siècles. De la même manière, c'est à la procédure civile d'Ancien régime que les tribunaux de la période révolutionnaire puis impériale emprunteront les termes relatifs à l'application du principe de publicité en

---

[758] C'est-à-dire par récolement et confrontation, Ordonnance criminelle d'août 1670, titre vingtième, art. 1er.

[759] LAMOIGNON de MALESHERBES Chrétien-Guillaume de, *Remontrances à Louis XVI du 6 mai 1775, in : Œuvres inédites de Chrétien-Guillaume Lamoignon Malesherbes*, Paris, Pissot, 1808, p. 330. Il s'agit ici des secondes remontrances de Malesherbes. Les premières, quatre ans plus tôt, étaient adressées à Louis XV.

[760] DENISART Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, vol. 2, 8e éd., Paris, Dessaint, 1783, p. 619.

[761] *Idem*.

matière pénale : les mots « *audience* », « *huis clos* », « *chambre du conseil* », « *auditoire* »… sont des termes venus de la procédure civile d'Ancien régime, que le vocabulaire de droit criminel de la période révolutionnaire adopta, avant de nous les transmettre.

Plan. Le législateur a renforcé la publicité de l'audience pénale dans la perspective d'accroître le contrôle de la procédure et l'action du juge (§1), et comme le corollaire naturel du principe du contradictoire. C'est dans le sillage de la diffusion de ce dernier à l'ensemble des phases du procès pénal qu'elle s'est développée de manière contemporaine, phénomène qui n'a pas atteint son terme (§2).

§1. Le contrôle, par la publicité, de la procédure et de l'action des juges

En imposant la publicité à la matière criminelle, le législateur de 1789 a suivi deux axes principaux de raisonnement, toujours valides : la publicité devait permettre le contrôle, par le public, de l'action des juges et de la procédure, ce qui nécessitait une rupture fondamentale avec le droit d'Ancien régime (A). Par ailleurs, la publicité de la procédure devait permettre de faire renaître et protéger les droits de la défense (B).

A. Le contrôle par la publicité : la rupture fondamentale de 1789

La conséquence de la reconnaissance du peuple comme source du pouvoir. Pour les Révolutionnaires, tout pouvoir devait être surveillé par le peuple, source de ce pouvoir. La publicité de la formation et de l'exécution des décisions publiques était le moyen d'opérer ce contrôle. Selon une opinion dominante au sein de la Constituante, il ne s'agissait pas seulement de rendre compte au peuple, mais de lui présenter le sens et la portée des décisions prises ou à prendre, afin de le mettre en situation d'exprimer un avis ou lui permettre de contrôler la conformité de l'action réalisée à la volonté générale. Cette dernière s'exprimait par la loi. Sa bonne application devait donc pouvoir être vérifiée à tout moment. Le mandataire devait des comptes à son mandant. Ainsi La Rochefoucault pouvait-il déclarer comme un principe général à l'Assemblée nationale, le 22 janvier 1791[762] : « *nous désirons donner la plus grande publicité à nos opérations, et* […] *nous voulons consulter toujours l'opinion publique*. »[763]

Adressant ses remontrances en 1775 à Louis XVI, Malesherbes avait déjà mis en garde le jeune roi contre « *les abus* » de la justice arbitraire en lui présentant la publicité comme « *le remède le plus simple et le plus efficace* »[764] à cette situation. Il en coûta à Malesherbes, que

[762] Le principe du mandat représentatif sera imposé par la Constitution du 3 septembre 1791.
[763] Assemblée nationale, séance du 22 janvier 1791, *Gazette nationale*, vol.7, 1791, p.91.
[764] LAMOIGNON de MALESHERBES, préc., pp. 331-332.

le roi éloigna de Paris[765]. Cependant, Louis XVI tenta de réformer la procédure criminelle. Sa pensée demeurait, toutefois, dans la logique du droit criminel d'Ancien régime, constituée autour de « *l'exemple des supplices », qui « contribue à prévenir les crimes par la crainte des châtiments* » [766]. Ce n'était pas ce que demandaient les cahiers de doléances, à l'image de ceux de Paris, qui réclamaient, en matière criminelle, l'ouverture des portes du prétoire : « 5°. *La publicité des procédures criminelles, établie autrefois en France, et en usage dans tous les temps chez presque toutes les nations éclairées, sera rétablie, et l'on fera désormais l'instruction, portes ouvertes, et l'audience tenant* […] *7° Tous les tribunaux, sans distinction, seront tenus d'énoncer dans les arrêts et sentences de condamnation, sous peine de nullité, la nature du délit et les chefs de l'accusation ; d'indiquer les preuves sur lesquelles ils auront prononcé leur jugement, et de citer le texte de loi qui prononce la peine.* » [767]

Les nouvelles règles posées par la Constituante donnèrent corps à ces idées de publicité et de contrôle populaire en train d'émerger dans le pays. Elles constituèrent une importante rupture avec l'état antérieur. La publicité judiciaire n'était pas un ajout à la procédure criminelle d'avant 1789, mais une transformation radicale de la substance de cette dernière : « *La publicité embrasse la procédure tout entière, et elle en change, pour ainsi dire, la nature* »[768], proclamait, ainsi, Bon Briois de Beaumetz, le 29 septembre 1789, en demandant à l'Assemblée nationale de bouleverser l'Ordonnance de 1670. Pensée comme une garantie contre les abus de pouvoir par le contrôle du public, la publicité, rempart contre l'arbitraire, n'était plus seulement la démonstration d'une souveraine puissance, mais un élément essentiel d'une nouvelle manière de juger et d'envisager la nature du régime politique. Beaumetz pensait qu'il fallait d'abord s'occuper de la justice criminelle « *dont les rapports avec la liberté étaient si proches et si agissants* ». Le juge devait mériter la confiance du public : « *La loi doit elle-même environner son ministre du respect qu'elle doit exiger pour lui ; mais c'est en le plaçant dans la lumière qu'elle doit l'investir de confiance et d'honneur* »[769]. La

[765] Sans que l'on sache s'il était arrivé à cette dernière partie des remontrances puisque la première partie, concernant les excès de la Ferme générale, l'avait déjà passablement irrité. Certains auteurs soutiendront qu'il n'a lu vraiment la fin des remontrances de Malesherbes que dans sa cellule de la prison du Temple, lui devenu Louis Capet et Malesherbes son avocat. L'anecdote est plaisante, mais est fondée sur une lettre attribuée à Louis XVI souvent présentée comme anachronique et fausse : DELISLE DE SALLES Jean-Baptiste, *Malesherbes*, Paris, Duprat-Letellier, 1803, p. 134.

[766] Louis XVI, *Déclaration du roi, du premier mai 1788, relative à l'ordonnance criminelle*, in SENAT, ASSEMBLEE NATIONALE, *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1799)*, t. 1, Paris, Librairie administrative Paul Dupont, p. 310.

[767] Extrait du cahier du tiers-état de la ville de Paris in SENAT, ASSEMBLEE NATIONALE, *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1799)*, t. 1, Paris, Librairie administrative Paul Dupont p. 558.

[768] Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789, Gaz. nat., n° 65, du 29 au 30 septembre 1789.

[769] Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789, *Gaz. nat*., n° 65, du 29 au 30 septembre 1789.

justice, selon lui, ne pouvait se concevoir que dans un rapport étroit du juge et du public : « *l'acte qu'il importe surtout de rendre public, celui qui doit compléter la tranquillité de l'innocence et concilier aux magistrats un tribut mérité de confiance et d'estime, c'est le rapport du procès, ce dépouillement complet, clair et précis des faits, des indices et des preuves* » qui devait se faire devant le « *peuple entier* ». Après avoir délibéré, les magistrats « *rentreront pour prononcer leur sentence ou arrêt, devant le peuple assemblé.* »[770]
Parlant au nom du *Comité pour l'emplacement des tribunaux et corps administratif*s, le député Prugnon poursuivra dans cette veine en soutenant au même endroit, le 8 janvier 1791 : « *La grande publicité des rapports et jugements doit ôter toute crainte ; tout se passera au grand jour ; on ne peut en inspirer, car, comme l'on dit, il y a peu de filous là où il y a beaucoup de réverbères.* »[771]

Le décret des 7-8 octobre 1789. L'Assemblée constituante, sur rapport de Beaumetz, adopta le décret des 8-9 octobre 1789 « *sur la réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle* »[772]. Ce texte posait le principe du droit à un conseil[773], au contradictoire dans la procédure[774], à l'*habeas corpus*[775], à l'égalité des armes[776], au contre-interrogatoire des témoins[777], à la publicité des audiences contradictoires[778], à la motivation des décisions[779]. Le décret Beaumetz « *abolit* » l'usage de la sellette[780] et celui de la question préalable[781].
Cette forme de torture à des fins procédurales ne semblait, toutefois, plus guère être utilisée à la fin des années 1780. Certaines études présentent un arrêt du Parlement de Paris du 10 janvier 1786 comme « *l'un des derniers où soit constaté un semblable acte de procédure* »[782]. Par ailleurs, Louis XVI, après avoir aboli la question préparatoire par une déclaration royale du 24 août 1780, avait mis un terme à la question préalable et à la sellette dans une autre déclaration du 1er mai 1788 : « *Nous avions pensé que la question* […] *pouvait*

[770] Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789, *Gaz. nat*., n° 65, du 29 au 30 septembre 1789.
[771] Assemblée nationale, séance du 8 janvier 1791, *Gaz. nat*., n° 9, 9 janvier 1791.
[772] France, *Lois et actes du gouvernement, août 1789-septembre 1790*, vol. 1, Paris, Imprimerie impériale, 1806, p 11.
[773] Art. X, XII,.
[774] Art. XI.
[775] Art. XII.
[776] Art. XIV, XVIII
[777] Art. XVI.
[778] Art. XV, XIX, XXI.
[779] Art. XXII.
[780] Art. XXIV.
[781] Art. XXIV.
[782] TASCHEREAU Jules-Antoine, « La Question sous Louis XVI », *Revue rétrospective*, seconde série, t. 4, 1835, p. 161. Cet article reproduit, pp. 172-183, le long procès-verbal détaillant les actes de tortures infligés à Jeanne Delozanne, épouse Fauvet, et les réponses obtenues aux questions

être nécessaire pour obtenir la révélation des complices […] *De nouvelles réflexions nous ont convaincu de l'illusion et des inconvénients de ce genre d'épreuves* »[783]. L'article VIII de sa déclaration ordonnait : « *Notre déclaration du 24 août 1780 sera exécutée, et y ajoutant, abrogeons la question préalable.* »[784] Le roi de France dut vaincre la résistance des Parlements par un lit de justice[785] pour imposer sa déclaration. Ses dispositions au sujet de l'abolition de la question préalable ne semblent, toutefois, pas avoir été connues de l'ensemble de ses sujets. Ainsi, dans les cahiers des doléances du tiers-état à Amiens trouve-t-on, l'année suivante, la demande de « *l'abolition de la question préalable* […] *peine barbare et inutile* »[786]. Cette abolition était également réclamée dans les cahiers de doléances à Paris[787].

De nombreux auteurs, ensuite, ont attribué l'abolition définitive de la torture à Beaumetz, sans prendre en considération la décision de 1788 de Louis XVI[788]. Cependant, même en reconnaissant le souci de réforme de ce dernier, le roi de France n'était pas allé jusqu'à étendre le principe de publicité aux audiences criminelles.

C'est donc bien sur ce point de la publicité, qui est en relation étroite avec l'idée même de l'origine du pouvoir, et donc du contrôle de celui-ci par le public, que se situe une des plus importantes ruptures – sinon la principale – de 1789 en matière procédurale.

Cette conception de la procédure pénale ne sera pas remise en cause par les régimes suivants pour ce qui concerne la phase décisoire. Après la Restauration, sous le régime de l'article 55 de la Charte constitutionnelle de 1830, la Cour de cassation abordait d'ailleurs la question de la publicité non pas comme un apport révolutionnaire, mais plutôt comme la continuité d'une forme procédurale ancienne. Dès lors, les exigences de la loi de 1810 ne faisait plus, à ses

---

[783] LOUIS XVI, Déclaration relative à l'Ordonnance criminelle, 1er mai 1788 in JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. 28, du 1er janvier 1785 au 5 mai 1789, Paris, Belin-Leprieur, 1827, p. 529

[784] LOUIS XVI, Déclaration du roi , du 1er mai 1788 relative à l'ordonnance criminelle, in SENAT, ASSEMBLEE NATIONALE, *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1799)*, t. 1, Paris, Librairie administrative Paul Dupont, p. 311.

[785] LOUIS XVI, Discours du roi à l'ouverture du lit de justice à Versailles le 8 mai 1788, in SENAT, ASSEMBLEE NATIONALE, *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1799)*, t. 1, Paris, Librairie administrative Paul Dupont, p. 294 « *Il n'est point d'écart auquel mon Parlement de Paris ne se soit livré depuis une année. Non content d'élever l'opinion de chacun de ses membres au niveau de ma volonté, il a osé faire entendre qu'un enregistrement auquel il ne pouvait être forcé était nécessaire pour confirmer ce que j'aurais déterminé, même sur la demande de la nation. Les Parlements de province se sont permis les mêmes prétentions, les mêmes entreprises. Il en résulte que des lois intéressantes et désirées ne sont généralement pas exécutées* […] *que la justice est interrompue ou suspendue…* »

[786] Cahiers des doléances, plaintes et remontrances de l'ordre du tiers-état du bailliage d'Amiens, *Ibid*., p. 747

[787] Extrait du cahier du tiers-état de la Ville de Paris, *Ibid*., p. 558 : « *10°* […] *Il sera donc fait une loi pour supprimer toute torture préalable à l'exécution* […] 15°. *L'usage de la sellette sera aboli.* »

[788] Par exemple : BERENGER Alphonse, *De la justice criminelle en France d'après nos lois permanentes*, Paris, L'Huillier, 1818, p. 388.

yeux, que « *rappeler un des principes les plus élémentaires du droit commun du royaume, tous les arrêts doivent être rendus publiquement, à peine de nullité* ».[789]

La publicité à partir du moment de l'accusation. Confessant s'inspirer de l'esprit de la législation anglaise, qu'il ne pouvait reproduire à la lettre faute d'existence en France de l'institution du jury, Beaumetz déclarait en octobre 1789 ne « *laisser subsister* » dans le projet du Comité « *un secret quelconque que jusqu'au moment où l'accusation commence, et nous plaçons la publicité la plus entière immédiatement après l'exécution du décret* »[790].

L'expérience avortée de la publicité différée : les adjoints. Toutefois, même pour la partie laissée secrète, Beaumetz prévoyait un contrôle du juge, dont l'effet pouvait éventuellement prendre la forme d'une publicité différée[791], avec la création d'adjoints, choisis par les notables des communes. Chargés de contrôler, au nom du public, l'action du magistrat, ils étaient susceptibles de rapporter ultérieurement celle-ci au cours d'une audience judiciaire. Ces adjoints devaient aussi, selon les termes de la loi, « *faire, en leur âme et conscience, toutes les observations nécessaires pour l'explication des dires des témoins et l'éclaircissement des faits* ». Dès mars 1790, cependant, nous pouvons observer que cette fonction ne suscitait pas l'engouement parmi le public. Beaumetz interrogé à l'Assemblée nationale sur la question de savoir si un citoyen était forcé d'accepter cette fonction d'adjoint répondit : « *Non* […] *Si cet emploi n'a pas assez d'éclat pour briller aux yeux de l'ambition et exciter ses désirs, félicitons nous en ; mais il sera toujours accepté comme une marque d'estime honorable par l'homme honnête et pur qui connaîtra les droits de l'humanité et les devoirs du patriotisme et de l'esprit public. Le juge qui a besoin d'adjoints pour procéder doit s'adresser à la commune, et l'inviter à fournir notables, témoins et garants de la légitimité, de l'impartialité de l'instruction secrète. S'il ne se présente aucun notable, à l'heure indiquée, ou s'il ne s'en présente qu'un, le juge doit, après avoir constaté leur absence par une mention expresse, procéder comme s'ils étaient présents, et laisser à l'adjoint négligent tout le reproche et tout le blâme de cette non-comparution.* »[792] Cette forme de contrôle par les adjoints ne survécut pas aux législations postérieures qui ne

[789] Cass. crim., 31 mars 1837, Bull. crim. 1837, n° 94.
[790] Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789, préc.
[791] Les adjoints devaient être présents, ensuite, aux audiences publiques au cours desquelles étaient lus les décrets d'accusation ou de prise de corps.
[792] Assemblée nationale, séance du 23 mars 1790, *Gaz. nat*., n° 84, 25 mars 1790.

gardèrent que les greffiers. Sans doute aurait-elle été grandement simplifiée si les Révolutionnaires avaient disposé de l'actuelle technologie audiovisuelle.

Contrôle du public et responsabilité du juge. Si la révolution américaine, faite par des hommes dont le livre de chevet était les *Commentaires* de Blackstone, avait pour but de rendre les juges indépendants du pouvoir, c'est-à-dire de l'influence et des deniers du roi d'Angleterre, rien de tel n'existait en France, où les cours étaient souveraines. L'indépendance du juge français d'Ancien régime ne devait rien à Montesquieu et à sa théorie de la séparation des pouvoirs.

Lorsque saint Paul écrivait que la vérité était d'essence divine, il était évident qu'une telle vertu ne pouvait pas être altérée pour satisfaire de vils intérêts humains, fussent-ils hauts placés, car le juge était décrit comme responsable devant Dieu, c'est-à-dire personnellement redevable d'une délégation divine dont lui seul avait à rendre compte : « *Penses-tu, toi qui juge ceux qui* […] *commettent* [de mauvaises actions] *et qui agis comme eux, que tu échapperas au jugement de Dieu ?* »[793] Pour Paul, les juges exerçaient leur office sous l'œil de Dieu, et devaient être, eux aussi, jugés sur leurs actes par leur créateur, puisque rien ne peut être caché[794]. « *Aussi étaient disposés devant les yeux du juge des symboles religieux – crucifix ou reliquaires- pour lui rappeler l'éthique de sa fonction. L'image du Christ émigra ensuite derrière son siège et créa un axe de symétrie avec la personne du juge qui orienta progressivement l'espace judiciaire. Mais l'idée demeurait : rappeler à tous – à commencer par le juge – que les fondements de la justice sont extérieurs au monde terrestre et que Dieu, en se réservant le jugement ultime des choses et des gens, en garantit le bon fonctionnement* »[795], relève M. Garapon.

La source du pouvoir politique ayant quitté Dieu pour le peuple, c'est sous l'œil et le contrôle – rendu possible par la publicité – du peuple au nom duquel il rendait la justice, que le juge devait désormais officier. Voilà l'idée de 1789, qui, comme dans bien d'autres matières, a adopté, tout en chassant Dieu, les raisonnements et la pompe de l'Eglise. Mais le même rapport entre responsabilité et indépendance subsista.

En écartant toute autre considération – notamment de droit public –, le fait que le juge ou le tribunal, au final, sera seul responsable aux yeux du peuple commande le principe de son impartialité et de son indépendance vis-à-vis de l'Exécutif, mais aussi et surtout celui d'une

[793] Paul, *Epîtres aux Romains*, 2.3.
[794] « *Les morts furent jugés, chacun d'après ses actes…* », Jean, *Apocalypse*, 20.12.
[795] GARAPON Antoine, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 28.

forme de dépendance à laquelle les révolutionnaires français aspiraient : celle qui lie le juge à la loi.

Cette relation, par la publicité, avec l'opinion publique, qui peut aussi bien prendre la forme d'un contrôle que d'une protection pour le juge du fond, existe aussi pour les magistrats du ministère public.

La publicité au soutien de l'indépendance du Parquet. Le Code d'instruction criminelle énonçait « [l]*e procureur général, soit d'office, soit par les ordres du ministre de la justice, charge le procureur impérial de poursuivre les délits dont il a connaissance* »[796]. Napoléon, après la dictature jacobine, n'inventait pas grand-chose. Pour les révolutionnaires, celui qu'ils avaient fini par nommer le commissaire du Gouvernement était un représentant de l'Exécutif.

La France a testé ces trois derniers siècles, différents régimes politiques, mais une constante émerge : la volonté du pouvoir politique de contrôler l'action des parquets.

Si de récentes propositions de réforme[797] et certaines déclarations ministérielles ont ravivé cette question[798], d'autres exemples demeurent en mémoire. Ainsi, en 1869, entendait-on le garde des Sceaux Baroche soutenir à la tribune du Corps législatif : « *Quand un magistrat reçoit un ordre, il n'a que deux partis à prendre, il n'en a pas un troisième : exécuter l'ordre ou donner sa démission purement et simplement*. »[799]

Ces propos ne s'inscrivaient pas vraiment, pour les membres du ministère public, dans l'ancien principe selon lequel si la « *plume est serve, la parole est libre* », qui trouve sa traduction à l'article 33 de notre Code de procédure pénale : « [Le magistrat du Parquet] *est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données* […] *Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice* ».

Lié légalement à la volonté de sa hiérarchie lorsqu'il s'exprime par écrit, il ne peut développer les arguments que lui dicte sa conscience qu'à l'audience, et c'est bien à l'audience, grâce à la publicité donnée à cette dernière, que le représentant du Parquet peut faire valoir son

---

[796] Article 274 du Code d'instruction criminelle.

[797] LEGER Philippe (prés.), Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, Paris, Ministère de la justice, septembre 2009.

[798] Intervenant dans une émission diffusée par la chaîne Canal +, une semaine après avoir convoqué à son ministère un magistrat du parquet de Nancy au sujet de supposés propos tenus dans ses réquisitions orales lors d'une audience correctionnelle, Mme Rachida Dati avait déclaré : « *Je suis chef du parquet, çà veut dire quoi ? Je suis chef des procureurs, ils sont là pour appliquer la loi et une politique pénale* » avant d'expliquer que les magistrats tiraient leur autorité de la légitimité présidentielle : « *C'est vrai que je bouscule certains corporatismes, mais Nicolas Sarkozy a été élu pour restaurer l'autorité de l'Etat, pour restaurer l'autorité* […] *La légitimité suprême, c'est celle des Français qui l'ont élu pour restaurer cette autorité. Les magistrats rendent la justice au nom de cette légitimité suprême.* » Reuters, 3 septembre 2007.

[799] Assemblée nationale, séance du 5 avril 1869.

indépendance[800] afin de sortir du conflit moral qu'engendre inévitablement un jour ou l'autre sa fonction : doit-il servir la loi ou le pouvoir en place ? La liberté du parquetier est une belle théorie. L'histoire, qui est la jurisprudence de la politique, nous apprend que cette liberté ne peut se concevoir qu'avec l'appui du public, seul élément susceptible de garder à distance l'Exécutif.

S'opposant victorieusement à Napoléon, qui voulait supprimer la liberté de parole du parquetier en 1804, Jean-Baptiste Treilhard soutenait : « [Le procureur général] *est obligé de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer les poursuites* ; *ensuite il devient l'homme de la justice et les ordres supérieurs ne règlent plus ses conclusions.* » [801]

La même tentation de prise en main directe des conclusions du ministère public se trouve sous la Restauration pendant le ministère du garde des sceaux de Serres. C'était alors le Procureur général près la Cour de Paris, Bellart[802], qui prenait sa plume pour s'opposer à la doctrine de son ministre : « [Q]*uand le ministère public ne doute pas, quand un délit* […] *est évident, le magistrat* […] *doit-il, avant tout, prendre ou attendre les ordres du gouvernement ? Non, Monseigneur.* […] *S'il en était ainsi, le ministère public, qu'on a tant accusé dans ces derniers temps de n'agir que sous l'influence du gouvernement, n'aurait plus rien à répondre quand on jugerait à propos de la reproduire. Le ministère public s'honore d'obéir aux ordres du gouvernement dans tout ce qui est de pure administration, mais le fonctionnaire qui est investi de ce ministère n'est pas administrateur seulement, il est magistrat aussi. Comme magistrat et pour les poursuites, il agit, il doit agir spontanément, en toute liberté, et sans qu'il ait besoin de recevoir l'autorisation de personne. Ministre de la loi, c'est de la loi seule qu'il tient sa mission, c'est à elle seule qu'il répond de ses fautes judiciaires.* »[803]

Le ministre se raidissant, Bellart ajouta dans un second courrier : « *Je continue de penser que le gouvernement, sous peine d'arbitraire, n'a pas le droit d'empêcher le ministère public de faire les poursuites* […] *Je continue de penser qu'aujourd'hui surtout il n'y a pas deux espèces de loi , dont les unes pourraient être suspendues par la volonté du gouvernement, et les autres seules seraient à l'abri de cette suspension de fait* […] *J'ai eu l'honneur de jurer* […] *de faire religieusement exécuter toutes les lois sans distinction : je tiendrai mon serment.*

---

[800] Ce principe est fort ancien. Le procureur général Delaguesle s'était opposé oralement à l'audience, en 1590, à l'enregistrement de lettres patentes de Henri IV.

[801] Pour Napoléon, « *quand le procureur général a reçu des ordres, il doit s'y conformer dans ses opinions ; cet officier n'est point juge. Il n'est que partie et représente le gouvernement* . » Séance du Conseil d'Etat à Saint-Cloud, le 16 octobre 1804. Locré, Législation de France, t.XXIV.

[802] Le même magistrat monarchiste qui avait obtenu la condamnation à mort du maréchal Ney.

[803] Lettre du procureur général Bellart au Garde des Sceaux, du 22 mars 1819, in Œuvres de Bellart, Paris, 1829.

[…] ». Il refusa donc d'exécuter les ordres de son ministre au nom de « *l'indépendance qui peut seule garantir à la société une justice impartiale…* »[804]

Dans son discours devant le Président de la République à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 7 janvier 2009, M. Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, déclara : « *L'un des aspects les plus emblématiques de cette indépendance est la liberté de parole à l'audience : « La plume est serve, mais la parole est libre. » Si cet adage tire ses lettres de noblesse de l'ancien droit, il n'en est pas moins une prescription légale actuelle* […] *et qui s'impose non seulement au représentant du ministère public mais aussi à sa hiérarchie qui doit savoir où s'arrête son droit de demander des comptes.* »[805] Par la publicité de l'audience, l'indépendance des magistrats, y compris celle des magistrats du Parquet, susceptible d'être contestée par des pratiques relevant de l'abus de pouvoir, est placée sous le contrôle et la garde du public.

L'indépendance du ministère public doit aussi s'envisager vis-à-vis des tiers[806] et de l'autorité judiciaire elle-même. Le représentant du ministère public doit pouvoir s'exprimer librement sans craindre une sanction que pourrait prononcer le tribunal à son encontre. Il doit être indépendant, vis-à-vis du tribunal dans son action à l'audience[807] et dans ses propos[808] : « *Il est de principe général que les membres du ministère public, lorsqu'ils exercent l'action publique à l'audience des tribunaux de la justice répressive, sont indépendants de l'autorité des magistrats devant lesquels ils remplissent leurs fonctions. Dès lors, dans les raisonnements qu'ils produisent et les documents qu'ils invoquent à l'appui de leurs réquisitions, ils ne peuvent être gênés ou arrêtés par le pouvoir des juges, et ils n'ont d'autre règle que leur conscience et leur lumière.* »[809] Il n'appartient pas à une cour d'incriminer les actes du ministère public, rappelait le procureur impérial Dupin en 1861. Une cour ne peut pas faire d'un procureur général « *son justiciable,* [...] *le soumettre à sa censure, et* […] *méconnaître ainsi l'indépendance de son caractère et de ses fonctions comme mandataire du pouvoir impérial. Cette indépendance, en effet, est aussi l'une des garanties de l'ordre public et d'une bonne administration de la justice, et la Cour de cassation a toujours pris soin, en toute occasion, de proclamer cette indépendance, et d'annuler, comme entachés d'excès de*

---

[804] Lettre du procureur général Bellart au Garde des Sceaux, du 2 avril 1819, *Ibid.*

[805] NADAL Jean-Louis, Audience solennelle de début d'année de la Cour de cassation, Discours de M. Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation, 7 janvier 2009, p. 2. Texte en ligne sur le site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr

[806] Cass. crim., 18 juin 1863, Bull. Crim. 1863, n° 166.

[807] Cass. crim., 23 août 1866, Bull. crim. 1866, n° 211.

[808] Cass. crim., 2 février 1900, Bull. crim. 1900, n° 41.

[809] Cass. crim., 20 janvier 1848, Bull. crim. 1848, n° 17.- Cass. crim., 1er juillet 1847, Bull. crim. 1847, n° 141.

pouvoir tous les actes des tribunaux qui, même dans de simples considérants, auraient incriminé ou blâmé la conduite du ministère public »[810].

Deux pouvoirs indépendants qui s'opposent appellent un arbitrage que seul, en démocratie, le peuple souverain peut donner, ce qui conduit, là encore, à constater la nécessité de la publicité : le peuple doit pouvoir contrôler ce qui se fait en son nom pour, éventuellement, trancher en connaissance de cause.

Outre le contrôle de la procédure et de l'action judiciaire, la publicité de l'audience sert aussi la préservation des droits de la défense.

B. La publicité de l'audience, sève des droits de la défense

L'apport d'Adrien Duport. L'Assemblée nationale, sur rapport de Beaumetz, avait voté le décret des 8-9 octobre 1789. Cependant, fin 1789, faute de poids politique suffisant, la réforme procédurale s'essoufflait. Elle trouva une nouvelle vigueur avec l'intervention d'Adrien Duport, le co-auteur des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme d'août 1789. A cette date, il paraissait déjà savoir pertinemment où il voulait aller, à la tête d'un Comité qu'il envisageait de transformer en instrument de la future codification pénale[811]. Elu au sein du « *Comité de Jurisprudence de l'Assemblée constituante* »[812], qui sera nommé par la suite « *Comité de Législation criminelle* »[813], il lui affecta, parfois associé au Comité de Constitution, *« le rôle majeur de laboratoire de recherche* […] *dans la genèse de la*

[810] Cass. crim., 12 juillet 1861, Bull. crim. 1861, n° 147. L'indépendance des membres du ministère public vis-à-vis de la censure et des critiques des juridictions a été affirmée avec force, à plusieurs reprises, par la chambre criminelle de la Cour de cassation : Cass. crim., 8 mars 1821, Bull. crim. 1821, n° 31. - Cass. crim., 24 septembre 1824, *D*. 1824.I.402. - Cass. crim., 8 décembre 1826, Bull. crim. 1826, n° 250. - Cass. crim., 17 avril 1832, *S*.1832.I.372. - Cass. crim. 31 janvier 1839, Bull. crim. 1839, n° 33. Réquisitions du procureur général près la Cour de cassation en 1879 : Cass. crim. 5 décembre 1879, Bull. crim. 1879, n° 217 : la Cour de cassation « *a toujours religieusement sauvegardé le droit exclusif du procureur général et de M. le Garde des Sceaux de censurer les officiers du ministère public* ».

[811] Il est difficile d'interpréter autrement son intervention devant l'Assemblée nationale le 23 janvier 1790, où il fait acte de candidature pour les travaux de codification pénale : « *Nommez un Comité, Messieurs, ou plutôt, prenez celui que vous avez déjà* […] *et si vous lui en donnez l'ordre positif, je ne doute pas qu'en moins d'un mois ou six semaines, il ne vous apporte tous les changements que le nouvel ordre des choses rend nécessaire ; j'ose en répondre pour lui…* ».

[812] Le Comité est constitué de huit membres le 22 janvier 1790. Sont élus cinq magistrats (Beaumetz, Fréteau, Duport, Le Peletier de Saint-Fargeau, de Chabrol), deux avocats (Tronchet et Dinocheau) et le duc La Rochefoucauld d'Enville.

[813] Ainsi que le nommera plus tard Saint-Fargeau lors de la séance de l'Assemblée nationale du 23 mai 1791. LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU Louis Michel, *Rapport sur le projet de Code pénal présenté à l'Assemblée nationale au nom des comités de constitution et de législation criminelle*, Paris, Imprimerie nationale, 1791.

codification criminelle. »[814], dont Le Peletier de Saint-Fargeau sera un des artisans par un travail acharné dans son cabinet.

La minute de ces travaux préparatoires, qui ont fondé les réformes de l'ordonnance de 1670, l'institution du jury populaire, les lois d'août 1790 et la rédaction du Code pénal de 1791, n'est pas parvenu jusqu'à nous[815]. Leur essence peut cependant être perçue par les interventions, à la tribune de l'Assemblée, de ses membres, venant en faire des comptes-rendus intermédiaires. Nous pouvons y constater que l'émergence du principe de la publicité de l'audience en matière criminelle se fonde sur la volonté du nouveau législateur d'établir les droits de la défense et de confier au public la protection de ceux-ci. Dans ce raisonnement initial droit de la défense et publicité de la procédure étaient étroitement imbriqués.

Des droits de la défense soutenus par le contrôle du public. La présentation des « [p]*rincipes fondamentaux de la police et de la justice, présentés au nom du Comité de Constitution* » par Adrien Duport, le 22 décembre 1789[816], est particulièrement intéressante : « *Au moment où les comités réunis de constitution et de jurisprudence criminelle sont sur le point de présenter à l'Assemblée nationale le plan d'organisation de la police et de la justice criminelle, j'ai cru qu'il pouvait être utile d'offrir d'avancer à la méditation de ceux qui vont s'occuper d'objets aussi importants, les principales bases de notre travail* » déclara Duport, qui établissait dès l'origine un lien étroit entre les droits de la défense et la publicité de la procédure, reprenant le raisonnement développé par Beaumetz, pour le préciser et l'énoncer de manière à renforcer l'effectivité des principes : « *Tout moyen de défense doit être donné à l'accusé ; il ne doit rien être écrit contre lui, sans qu'il lui ait été communiqué. Tout moyen d'éclairer la justice et de contenir les juges dans l'exacte observation de leurs devoirs doit*

---

[814] MARTUCCI Roberto, *En attendant Le Peletier*…, op. cit., p. 85.

[815] « *Il n'a été remis aux archives aucun carton du Comité de Législation criminelle* » : « Note à la date du 30 septembre 1791, M. Camus, archiviste de l'Assemblée nationale » in : CAMUS Armand-Gaston, « Notice générale et particulière des travaux des Comités de l'Assemblée nationale constituante, et état de ces travaux au 30 septembre 1791 », in VERGNIAUD Pierre-Victurnien, *Rapport de M. Vergniaud sur l'état des travaux de l'Assemblée nationale constituante au 30 septembre 1791 ; suivi d'une Notice de ces Travaux, par M. Camus*. Paris, Imprimerie nationale, 1791, p. 9. Le mandat de député de Duport, député de Paris, s'est achevé le 30 septembre 1791. Devenu président du Tribunal criminel de la Seine, il a fui Paris le 11 août 1791. Arrêté en 1792, il est sauvé par Danton et finira sa vie en 1798, dans la grande pauvreté et l'oubli, en Suisse. Briois de Beaumetz, député de l'Artois, cessa ses fonctions à l'Assemblée le 30 septembre 1791. Il fuit Paris et on le retrouve avec Talleyrand à Londres en 1792. On perd sa trace en 1800 à Calcutta, après son mariage avec la fille du général américain Knox. La légende, et de manière plus surprenante sa notice à la bibliothèque du Palais Bourbon, voudraient qu'il soit ensuite revenu ensuite à Paris sous un faux nom…

[816] Séance du 22 décembre 1789, in *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1789), tome X, du 12 novembre 1789 au 24 décembre 1789*, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1878, pp. 744-746.

être établi par la société. Ainsi : 1) la procédure doit être publique, de même que l'instruction. 2) Il doit exister une autorité qui puisse ramener les juges à l'exécution de la loi. »[817]

Ainsi, dans ce texte fondateur, Duport partait de la nécessité d'assurer les droits de la défense pour aboutir à celle du contrôle de la juridiction, contrôle qui présentait deux aspects : d'abord le contrôle populaire par la publicité de la procédure ; ensuite, mais ensuite seulement ! le contrôle juridictionnel par une « *autorité* » qu'il appelait de ses vœux[818] et qui sera, en 1791 toujours sur son rapport[819], le Tribunal de cassation. Dans la même intervention, Adrien Duport évoquait le droit à un avocat[820], l'intervention orale des témoins[821], la mise en place de jurys populaires et l'élection des juges[822].

Cette idée initiale de droits de la défense soutenus par le contrôle de l'action judiciaire par le public se retrouve de manière régulière dans les débats parlementaires depuis cette époque. Par exemple, c'est au nom des droits de la défense que les Républicains se sont opposés, en 1868, à la loi organisant le contrôle légal des comptes-rendus judiciaires dans la presse. Citant l'article 14 de la loi du 24 août 1790, qui posa le principe de publicité dans la procédure pénale, Ernest Picard déclarait devant la représentation nationale : *« Le législateur de cette époque, messieurs, dans une idée profonde, unissait ces deux idées de la publicité et du droit de la défense, idées inséparables parce que quand l'audience n'est pas publique, quand la publicité des débats n'est pas permise, quand le compte-rendu qui est la forme réelle et certaine de la publicité, est interdit, il n'y a pas de défense sérieuse.* »[823]

Pas de droits de la défense, sans publicité. Nous pourrions nous interroger sur le contenu et la portée exacte de ces « *droits de la défense* » que la loi ne définit pas[824], mais une telle définition n'est pas nécessaire à notre démonstration : comme il n'y a pas de feuille sans sève, il n'y a pas de droits de la défense sans publicité. Cette dernière ôtée, le droit de la défense

---

[817] *Article 29.*
[818] Et qui étaient, aussi, ceux, nous l'avons vu, de Mirabeau.
[819] Assemblée nationale, séance du 4 février 1791, Gaz. nat., n° 36, 5 février 1791.
[820] Article 36.
[821] Article 32.
[822] Articles 24 et 27. L'introduction du jury criminel sera votée par l'Assemblée nationale en avril 1790.
[823] *Corps législatif.* Séance du 19 février 1868, in *Annales du Sénat et du Corps législatif*, vol. 5, Paris, Moniteur universel, 1868, p. 296. Au cours de la même séance, Ernest Picard soulignait qu'en matière de procès relatifs à des sujets concernant la politique, les jugements rendus publics ne reprenaient pas les arguments de la défense : « [C]*'est une publicité inégale qui ne permet de publier qu'une des branches du procès, le jugement et la condamnation, et non la défense. C'est donc la violation des droits de la défense. On me dit : l'intérêt public… ! Mais l'intérêt public dans les procès politiques, c'est que les débats soient publiés. L'intérêt du Gouvernement, au contraire, a toujours été que le débat fût secret.* », pp. 298-299.
[824] Nous renvoyons sur ce point à la thèse de M. le Professeur Vergès : VERGES Etienne, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, Aix-Marseille, 2000.

n'est qu'un corps mort, sec et vide, dont la définition ne présente aucun intérêt puisqu'il ne subsiste plus rien à définir.

Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer comment le principe de l'inquisitoire s'est imposé lentement et graduellement en France en matière criminelle. L'ordonnance de Saint Louis en 1254 rendit l'instruction secrète mais laissa publique l'audience de jugement. Louis X, dit le Hutin, reprit ce principe dans son ordonnance de décembre 1315[825]. Les scandales et les mœurs dissolus du clergé de Provence, alors que la conduite des « *hérétiques* » cathares de la région était, elle, irréprochable, avait amené au tournant des XIIIe et XIVe siècle le pape Innocent III à trancher dans le vif, par une procédure secrète, afin de ne pas donner à la contestation religieuse des arguments contre l'Eglise catholique. Le système inquisitoire était né[826]. Il ne tarda pas à s'étendre au droit séculier[827].

La publicité des plaidoiries et des jugements, solidement ancrée dans les coutumes depuis des siècles, fut la dernière à être affectée par le nouveau système judiciaire qui s'étendait sur le royaume de France. La publicité de l'audience de jugement commença à disparaître à partir de l'ordonnance de Louis XII en mars 1498[828], qui tolérait encore certaines coutumes locales attachées à la publicité des procès criminels[829], mais qui imposait la généralisation de procédures d'instructions secrètes, écrites et non contradictoires[830], la torture comme mode commun d'instruction au grand criminel[831], et rendait possible l'absence de publicité de

---

[825] Article 9 : *Causae criminales audientur et judicentur non in occulto sed palam et publice* . Les deux petites années du règne de Louis le Hutin, se caractérisent par un renforcement des pouvoirs donnés aux nobles après la révolte des barons et un affaiblissement – temporaire – du pouvoir royal.

[826] HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle*, vol. 1, 2 éd., Paris, Plon, 1866, p. 253 : « *Les mœurs faciles et trop souvent dépravées du clergé avaient attiré l'attention d'Innocent III. Il voulut établir une espèce d'enquête sur la conduite des clercs dans chaque diocèse. Les ecclésiastiques des deux ordres séculier et régulier furent successivement appelés à dénoncer les faits coupables qu'ils pouvaient connaître. Ils venaient devant les inquisiteurs, ils prêtaient serments et subissaient un interrogatoire. Alors une question s'éleva : lorsque les faits sortis de ces enquêtes constituaient un crime, que fallait-il faire ? Les ecclésiastiques délégués pour l'enquête devaient-ils le juger sur-le-champ ou en renvoyer la connaissance aux juges officiaux ? Innocent III, consulté sur cette question, répondit qu'il fallait distinguer si le crime, tel que l'homicide ou la simonie, emportait la déposition du clerc ou la confiscation du bénéfice, ou si ces peines n'étaient pas applicables. Dans le premier cas, il fallait procéder par voie d'accusation ; dans l'autre, les inquisiteurs devaient appliquer eux-mêmes le châtiment en le modérant suivant les circonstances. Les accusés réclamèrent contre ce mode sommaire de procédure, mais leurs réclamations furent rejetées. Tel fut le germe de la procédure secrète* ».

[827] Le passage du droit canonique dans le droit séculier peut s'observer dans la première moitié du XIVe siècle, à travers les ordonnances royales de 1303 (Philippe Le Bel), de 1319 (Philippe V), de juin 1338, décembre 1344 (Philippe VI) et de janvier 1354 (Jean II).

[828] EISMEIN Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, p. 139 : « [L]*'Ordonnance de 1498 est remarquable en ce qu'elle contient un exposé d'ensemble de la procédure ; elle est importante, surtout, en ce qu'elle prescrit le secret absolu dans le procès extraordinaire. Désormais, il existe une loi formelle qui repousse la publicité* […] *Le public est chassé de l'auditoire des tribunaux criminels, et il n'y rentrera pas de longtemps* ».

[829] « […] *où on accoustumé de juger les criminels en assistance, par hommes jugeants*… », art. 94.

[830] Art. 95 à 102.

[831] Art. 112 et 113.

l'audience de jugement et des plaidoiries et le prononcé secret de la sentence[832]. C'est donc lui faire un mauvais procès posthume que d'accuser Guillaume Poyet d'avoir introduit le secret des procédures par l'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539. Le Chancelier de François 1er a, en réalité, trouvé le secret déjà bien installé dans les pratiques judiciaires et n'a fait que le généraliser en abolissant les coutumes contraires qui subsistaient encore, ici ou là, mais de manière tout à fait résiduelle[833]. En revanche, Poyet tira l'exacte conséquence des effets de quelques décennies de renonciation à la publicité en supprimant les droits de la défense. Ces derniers, de toute façon, ne servaient plus à rien : la sève de la publicité des audiences retirée, l'arbre de la justice pénale paraissait mort après toutes ces saisons passées sans le moindre bourgeon. Le chêne de Saint-Louis ne présentait plus que des branches dénudées. Il n'y avait plus d'arbre de justice, seulement la silhouette décharnée d'une potence puisque, dès lors, la partie visible de la procédure criminelle se réduisit à l'éclat des supplices, dans une volonté manifeste d'affirmation de la souveraineté royale.

Défendus à nouveau par la publicité des audiences, les droits de la défense en matière criminelle revinrent dans notre législation en 1789 et furent confortés par la jurisprudence du tout jeune Tribunal de cassation : « *Tout ce qui constitue la défense des parties peut et doit être proposé à l'audience* » publique[834].

Conformément à l'esprit de la réforme de Beaumetz, la publicité de l'audience était étroitement liée au principe du contradictoire et à la production des preuves, notamment par témoins. Notons, au passage, que la Cour européenne des droits de l'homme ne dit, à ce sujet, rien d'autre aujourd'hui.

Le rétablissement de l'instruction secrète : la disparition des droits de la défense. Ce lien étroit entre droits de la défense et publicité peut aussi être prouvé par l'expérience du rétablissement de l'instruction inquisitoire par le Code d'instruction criminelle. L'effet fut aussi rapide que mécanique : les droits de la défense disparurent.

Dupin l'Ainé, dès 1815 [835], alors qu'il s'apprêtait à défendre le Maréchal Ney, rappelait que le principe fondamental de la justice était qu'il n'était pas possible de juger avant d'avoir

---

[832] Art. 116.

[833] L'art. 163 abolit « *tous stils, usances ou coustumes par lesquelles les accusez avoient accoustumés d'estre ouies en jugement…* ».

[834] Cass. civ., 13 nivôse an X, Bull. civ. An X, n° 46.

[835] DUPIN André, *De la libre défense des accusés* [éd. orig.], Paris, Arthus-Bertrand, octobre 1815.- DUPIN (aîné), « De la libre défense des accusés », in *Lettres sur la profession d'avocat*, Bruxelles, Tarlier, 1833, pp. 224-241. Cette version a été légèrement remaniée par rapport à celle de 1815. Les ajouts débutent p. 235.

entendu celui qui était poursuivi[836]. Ce dernier, disait-il, « *a le droit de parer le coup qui le menace, en se défendant par les moyens que son intelligence lui suggère* […] *Cette loi de défense naturelle ne comporte pas d'exception ; elle est de tous les temps, de tous les pays, pour tous les cas, pour tous les hommes.* »[837]

Dupin affirmait, de plus, que le contrôle du public avait permis de sauvegarder l'effectivité de l'exercice de la défense pendant la phase décisoire, lors des premières années d'application du Code d'instruction criminelle : « *La domination de Bonaparte a* […] *fourni à nos avocats l'occasion de signaler leur courage : son despotisme en a frémi, mais il n'a pas osé les atteindre, il savait que l'opinion les eût puissamment soutenus* »[838]. Ou encore : « *Ainsi fut posé le grand principe de la défense libre et publique des accusés, principe sans lequel il ne peut y avoir ni jugement ni condamnation légitimes ; principe qui put être méconnu dans des temps de fureur et d'anarchie, mais qui ne tarda pas à revivre ; principe enfin que le despotisme impérial chercha bien à gêner autant qu'il fut possible, mais qu'il n'osa détruire.* »[839]

Dupin, dans son enseignement, ne cessa d'associer droit de la défense et publicité de l'audience : « *la publicité est nécessaire, parce qu'il peut arriver que l'inculpé soit poursuivi par une cabale, et alors il lui faut pour se défendre avec avantage le soutien de l'opinion publique* »[840]. Il ajoutait : « *De nos jours,* […] *l'état d'avocat a acquis plus d'importance encore par le développement de nos institutions, par l'établissement du gouvernement représentatif, la publicité des débats judiciaires soutenue de la liberté de la presse…*»[841]

Chassant toute publicité judiciaire de la phase d'instruction, le Code d'instruction criminelle ne pouvait donc, suivant son raisonnement, qu'abroger également tout droit de la défense, ce que Dupin résuma en quelques mots : « *la défense commence là où l'instruction finit* »[842].

L'approche absolutiste du Code d'instruction criminelle. En rétablissant le principe de l'inquisitoire pour l'instruction, le Code d'instruction criminelle avait confié au magistrat un pouvoir absolu, puisque la personne poursuivie était totalement tenue à l'écart de la procédure qui la concernait et ne pouvait pas en contester les actes. Dans un raisonnement proche de

---

[836] DUPIN André, « De la libre défense des accusés », 1833, *op. cit*., p. 225.
[837] *Ibid*., p. 226.
[838] *Ibid*., p. 239. – Il est à noter, d'ailleurs, que l'exécution du Duc d'Enghien, à l'issue d'un procès qui ne fut pas public et où les droits de la défense ne purent s'exercer, est restée comme une tache sur le règne de Napoléon.
[839] DUPIN (Aîné), « Etude et application du droit criminel », in *Lettres sur la profession d'avocat*, *op. cit*., p. 216.
[840] DUPIN (Ainé), « Discipline du barreau », in *Lettres sur la profession d'avocat, op. cit*., p. 322.
[841] DUPIN (Ainé), « Profession d'avocat », in *Lettres sur la profession d'avocat, op. cit*., p. 8.
[842] *DUPIN (Aine)*, « De la libre défense des accusés » in *Lettres sur la profession d'avocat, op. cit*., p. 231.

celui actuellement tenu par la Cour européenne des droits de l'homme, Bérenger critiquait, en 1818, les articles 73 et 76 du Code d'instruction criminelle qui permettaient que les témoignages qui allaient être déterminants pour établir la culpabilité de la personne poursuivie se fasse « *tout entier hors de la présence du public et de l'accusé* »[843]. Il ajoutait, au sujet du juge d'instruction : « *Il fait son rapport à huis clos, et encore en l'absence du prévenu ; car tout se fait dans l'ombre. Celui-ci, ni personne pour lui, n'est admis à connaître ce rapport, à le combattre, à en relever les erreurs ; en sorte que si le juge se trompe, s'il a mis de l'inattention à rédiger certains actes de procédure, ses collègues, qui ne connaissent l'affaire que par lui, et qui ne peuvent voir que par ses yeux, n'ont aucun moyen d'être éclairés* »[844]. Et au sujet de l'acte d'accusation : « *C'est encore secrètement que procède la chambre d'accusation de la cour royale ; le prévenu ni les témoins n'y paraissent, elle juge à huis clos, et sur les charges écrites que le juge d'instruction a pu réunir. Tout l'édifice de l'accusation n'a donc d'autre base que les actes obscurs de ce magistrat, ni d'autre garantie que sa bonne foi.* »[845]

Evidemment, le principe d'une audience publique et contradictoire était assuré pour la phase dite décisoire, mais, dans un certain nombre de cas, n'était-il pas déjà trop tard ? Comment contester efficacement, des mois voire des années plus tard, la déclaration d'un témoin ? Surtout lorsque ce dernier, lui-même, n'a pas un souvenir clair de ce qu'il a pu déclarer des années auparavant sur un fait qui lui paraissait alors anodin. Par ailleurs, de quelle manière contester utilement une expertise, alors que la possibilité de demander une contre-expertise n'existe pas ? Comment combattre l'erreur d'interprétation d'un propos ou d'un fait matériel dans un procès-verbal lorsque toute l'orientation de l'instruction ultérieure s'est fondée sur celui-ci en l'absence de toute contestation possible ? Par quel moyen annuler dans l'esprit des jurés des propos présentés comme des aveux alors même qu'il ne s'agissait parfois que d'un contre-sens au jour de l'audition dans le cabinet du juge d'instruction ?[846]

---

[843] BERENGER Alphonse, *De la justice criminelle en France d'après les lois permanentes*, Paris, L'Huillier, 1818, p. 407.
[844] *Ibid*., p. 410.
[845] *Ibid*., pp. 411-412.
[846] Un exemple célèbre qui court encore les palais de justice est celui de cet accusé, renvoyé devant une cour d'assises sur le fondement de ses aveux pour avoir répondu positivement à la question de savoir s'il était conscient du crime duquel il était accusé ? Nous en avons retrouvé la trace dans la Gazette des tribunaux : « *Q. « Vous savez que vous êtes accusé d'avoir commis tel crime ? » L'inculpé répondit : « C'est vrai monsieur ». Et le juge clos son interrogatoire. A l'audience, il dit : « J'ai bien reconnu que j'étais accusé, mais je n'ai pas entendu avouer que je fusse coupable* » : BONNEVILLE, « De l'aveu en droit criminel », *La Gazette des tribunaux*, 16 octobre 1859.

Des « *droits de la défense* » englobant les intérêts de la partie civile. L'expression même « *droits de la défense* » est trompeuse, car elle peut laisser penser que ces droits ne concernent que la personne poursuivie. Les « *droits de la défense* » concernent toutes les parties au procès pénal, aussi bien l'accusé que la partie civile[847]. La publicité, dès lors qu'elle garantit les « *droits de la défense* », apporte donc une protection aux intérêts de toutes les parties à une procédure.

Pour la phase d'instruction, une loi du 22 mars 1921 a affaibli le secret interne au profit de la partie civile[848]. Aujourd'hui, le secret interne n'existe plus à l'encontre des parties privées. Une loi du 30 décembre 1996 est venue modifier l'article 114 du Code de procédure pénale pour autoriser les avocats à transmettre une reproduction des copies du dossier d'instruction à leur client. Ce même article pose, au sujet du dossier d'instruction, le principe d'une mise à disposition permanente pour les avocats de la défense et de la partie civile.

Le législateur est intervenu pour que soit pris en compte, de manière spécifique, les intérêts civils de la victime en matière de publicité des audiences.

La loi du 15 juin 2000[849] avait créé un article 199-1 du Code de procédure pénale, qui disposait : « *En cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu motivée par les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1*[850] *du code pénal, la chambre d'accusation doit, à la demande de la partie civile, ordonner la comparution personnelle de la personne mise en examen, si l'état de cette dernière le permet* […] *Si la comparution personnelle de la personne mise en examen a été ordonnée, et si la partie civile ou son avocat en fait la demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en séance publique, sauf si la publicité est de nature à nuire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ; la chambre d'accusation statue sur cette demande de publicité, après avoir recueilli les observations du procureur général, de la personne mise en examen et de son avocat ainsi que, le cas échéant, des avocats des autres parties, par un arrêt rendu en chambre du conseil qui n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la*

---

[847] PRADEL Jean, *L'instruction préparatoire*, Paris, Cujas, 1990, p. 394. Le raisonnement, qui assimile les droits de la partie civile à ceux de la défense, apparaît depuis longtemps dans les arrêts de la Cour de cassation. Par exemple, Cass. crim. 21 février et 5 août 1952, RSC 1953, p. 57 : « [A] *défaut de texte spécial sur ce point, les principes généraux qui concernent et régissent en matière criminelle l'exercice des droits de la défense (ou* de la partie civile, ou de son représentant)… ». Le principe est très ancien, Chambre correctionnelle de la Cour royale de Nancy, 21 janvier 1843, D. 1843.I.57 : « *que c'est là un principe général applicable à toute défense quelconque, et, par conséquent, à la défense de la partie civile comme à celle de son adversaire*… »

[848] La loi de 1921 étend à la partie civile régulièrement constituée, par une sorte de parallélisme des formes, les droits reconnus à l'inculpé par la loi Constans.

[849] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

[850] « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ».

demande principale ». Cette disposition avait été votée pour donner un « *droit à une audience* » à la partie civile, privée de procès par la décision d'irresponsabilité pénale bénéficiant à la personne mise en examen. Elle doit être reçue comme une illustration supplémentaire de la montée en puissance de la prise en considération de la victime dans le procès pénal. Pour beaucoup de parties civiles, la procédure est d'abord le moyen d'accéder au tribunal afin d'y voir reconnu leur statut de victime. Le caractère public de l'audience renforce, de ce point de vue psychologique, ce dernier point. Ajoutant, que les parties civiles n'en sont pas moins soumises aux textes réprimant les délits d'injure, d'outrage et de diffamation et, comme pour les autres parties, cette possibilité d'une audience publique leur permet de s'exprimer librement et publiquement, dans le cadre d'une enceinte judiciaire, en bénéficiant de l'immunité accordée par l'article 41 de la loi de 1881.

L'article 199-1 du Code de procédure pénal a été abrogé le 27 février 2008 pour être remplacé par l'article 706-122 du Code de procédure pénale[851], qui dispose désormais : « *Lorsque la chambre de l'instruction est saisie en application de l'article 706-120*[852]*, son président ordonne, soit d'office, soit à la demande de la partie civile, du ministère public ou de la personne mise en examen, la comparution personnelle de cette dernière si son état le permet* […] *Les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique, hors les cas de huis clos prévus par l'article 306*[853] ».

Notons, au-delà de l'intérêt de la partie civile, qu'à partir du moment où cette audience statue définitivement sur la procédure relative à l'accusation et qu'elle emporte des conséquences en matière de privation de liberté, il est logique que la garantie d'une audience publique s'applique. Cependant, la disposition prévoyant que la comparution personnelle, qui déclenche la publicité de l'audience, de la personne mise en examen ne puisse être ordonnée que « *si son état le permet* »[854], limite de manière considérable l'effectivité de cette mesure[855].

Par ailleurs, relativement à la question de la situation de la partie civile au regard de la publicité, une Question prioritaire de constitutionnalité a été posée pour dénoncer « *une*

---

[851] Issu de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008.

[852] « *Lorsqu'au moment du règlement de son information, le juge d'instruction estime, après avoir constaté qu'il existe contre la personne mise en examen des charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés, qu'il y a des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, il ordonne, si le procureur de la République ou une partie en a formulé la demande, que le dossier de la procédure soit transmis par le procureur de la République au procureur général aux fins de saisine de la chambre de l'instruction. Il peut aussi ordonner d'office cette transmission. - Dans les autres cas, il rend une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* ».

[853] « *Les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs.* »

[854] Art. 706-122, alinéa 1er.

[855] Limite confortée par les restrictions liées à la prohibition d'une exposition publique dégradante abordée dans la partie relative à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

discrimination dans l'aménagement de la publicité des débats devant la chambre de l'instruction et dans le prononcé de l'arrêt entre la personne mise en examen et la partie civile, au détriment de cette dernière ». La Cour de cassation a refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel en jugeant : « *attendu que la question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, en ce qu'en réservant à la personne mise en examen ou à son avocat la faculté de solliciter la publicité des débats, la disposition contestée ne porte atteinte ni au droit de la partie civile à l'égalité devant la justice ni plus généralement à son droit à un procès équitable dès lors que, durant l'information, la personne mise en examen et la partie civile se trouvent placées dans des situation différentes au regard, notamment, de la présomption d'innocence et des appréciations portées par l'opinion publique, qui justifient une différence de traitement devant la chambre de l'instruction* ».[856]

Cette position, cependant, conduit à priver la partie civile d'une garantie procédurale et le caractère général de la solution posée, qui ne permet même pas d'envisager l'hypothèse de la publicité, n'est guère en harmonie avec l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous pouvons donc nous interroger sur ce que serait la réponse de cette dernière si la question lui était posée.

La publicité aux moments déterminants. La décision de la culpabilité peut être fondée sur des éléments établis lors de la phase d'instruction et difficiles à combattre une fois arrivée devant le juge du fond. Or, la nature profonde de la procédure inquisitoire est d'établir ces éléments probatoires dans l'ombre, sans que la personne poursuivie ne puisse disposer de ses droits à la défense. Il est spécieux, dès lors, de soutenir que seule l'audience « *décisoire* » est déterminante. Comme le disait déjà Beaumetz en 1789 : « *il n'y a pas de moment où il faille repousser la vérité ; et les caractères qui la font reconnaître ne dépendent pas de l'heure où elle se présente à nos yeux* »[857].

L'idée que la vérité soit la conséquence d'une contradiction, d'un débat, du respect des droits de la défense ne correspond pas au principe de l'inquisitoire. Elle commande, au contraire, que la publicité valide et garantisse les audiences déterminantes de la procédure, à tout moment de celle-ci. L'implantation du principe du contradictoire dans la phase d'instruction a rapidement attiré la publicité des audiences qui, une fois établie, s'est développée à l'occasion des réformes suivantes.

[856] Cass. crim., 20 juillet 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-83938.
[857] Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789, préc.

§ 2 La publicité de l'audience, au soutien du principe du contradictoire

Plan. La reconnaissance de l'obligation du respect du principe du contradictoire lors d'une audience pénale, mène irrémédiablement à la question de la préservation des droits de la défense, donc de la publicité. Il n'est donc pas étonnant de constater que l'affirmation de la nécessité du contradictoire pendant la phase d'instruction ait amené le législateur à y implanter la publicité (A). Une fois en place, celle-ci s'y est ensuite développée (B).

A. L'*implantation* de la publicité de l'audience pendant la phase d'instruction

Le contradictoire dans les lois révolutionnaires. La loi du 16 septembre 1791 obligeait à ce que les témoins fussent entendus en présence de l'inculpé, au cours de l'instruction[858]. Le Code des délits et des peines respectait lui aussi le principe du contradictoire et de l'égalité des armes en ordonnant la transmission au prévenu, avant l'audience de jugement, de toutes les dépositions enregistrées avant sa privation de liberté[859]. Même la loi du 7 pluviôse an IX imposait que les charges soient communiquées au prévenu, après son interrogatoire, et lui donnait le droit d'en demander un nouveau.

L'expérience du jury d'accusation. Par son décret du 30 avril 1790, la Constituante avait, par ailleurs, institué la procédure par jury, y compris pour l'accusation.
Le jury d'accusation, organisé par la loi des 16-29 septembre 1791, comprenait huit jurés tirés au sort. Il était présidé par un magistrat, nommé directeur du jury. La procédure était secrète : les pièces étaient lues devant le jury d'accusation, et seuls le plaignant et les témoins à charge étaient entendus. Si le jury constatait la réalité de fortes présomptions, il pouvait ordonner la prise de corps. A partir de ce moment, l'inculpé pouvait se défendre grâce à une procédure publique. La loi du 7 pluviôse an IX renforça le caractère écrit de la procédure de mise en accusation, en ne permettant plus l'audition par le jury du plaignant et des témoins.
Les principales critiques de l'institution des jurys d'accusation portaient sur la difficulté, pour des jurés par définition non professionnels, de pouvoir efficacement statuer sur le fondement

[858] Loi du 16 septembre 1791, Première partie, tit. IV, art. 15.
[859] Code du 3 brumaire, an IV, art. 115 et 116.

de pièces écrites, sans recours à un débat oral et contradictoire : « *Deux remèdes étaient possibles : faire comparaître l'accusateur et l'accusé, ainsi que tous leurs témoins ; mais c'était instituer un débat, que ne comporte pas normalement un collège siégeant en chambre du conseil, et c'était aussi donner une trop grande autorité à la décision du jury. On aurait pu aussi exclure tout débat, et présenter au Jury seulement des pièces écrites, solution retenue par la loi du 7 pluviôse an IX. Mais on dut reconnaître que les jurés étaient incapables d'apporter une attention soutenue à une simple lecture de pièces.* »[860]

L'absence d'audience publique a aussi été mise en avant pour critiquer l'expérience du jury d'accusation. Les jurés populaires, statuant à l'écart du regard du public, pouvaient être autant tentés par l'arbitraire que les magistrats professionnels, et l'absence du frein de la publicité se doublait de l'impossibilité de soumettre à l'évaluation publique aussi bien leur compétence que leur indépendance et leur impartialité : « *Les jurys d'accusation, opérant sans publicité, n'ont point de responsabilité morale comme ceux de jugement, dont le public partage, pour ainsi dire, les fonctions dans l'auditoire, et dont l'œil et l'opinion sont un frein pour les jurés. Ceux d'accusation ne sont ni en présence de leurs concitoyens, ni en celle du public. Ils ne voient souvent qu'une procédure naissante, et, par ces divers motifs, ils tombent souvent dans l'arbitraire ou l'erreur ; souvent aussi ils cèdent plus facilement à la prévention et à des impressions extérieures* » observait, ainsi, le tribunal criminel de l'Ain dans ses observations sur le projet de Code criminel[861].

L'abolition du principe du contradictoire dans le Code d'instruction criminelle. La dimension contradictoire de la procédure pendant la phase d'instruction avait totalement disparu avec la législation de 1808. Le Code d'instruction criminelle posait, en matière criminelle, que les témoins étaient entendus secrètement, hors la présence du prévenu. Ce dernier ne pouvait pas accéder aux pièces du dossier d'instruction et ne pouvait communiquer avec son défenseur qu'à partir de l'instant où il avait été interrogé par le président de la cour d'assises. La mise en accusation était désormais confiée, en matière criminelle, à une section de la cour d'appel, composée de magistrats professionnel[862]. Exclusivement attachés à ce service, ces magistrats furent intégrés au service des autres chambres, par l'ordonnance du 5 août 1844 pour la province ; par une loi du 3 juillet 1873 pour la Cour d'appel de Paris. Les

[860] CHAMBON Pierre, *La chambre d'accusation*, « Manuel Dalloz de droit usuel », Paris, Dalloz, 1978, p.6.
[861] Observations du Tribunal criminel de l'Ain sur le projet de Code criminel, in *Observations des tribunaux criminels sur le projet de Code criminel*, t. 1, Paris, Imprimerie impériale, An XIII, p. 8.
[862] Article 218 du Code d'instruction criminelle.

velléités de résistance des juridictions inférieures furent balayées par la Cour de cassation[863]. En matière correctionnelle, la mise en accusation relevait d'une chambre du conseil, composée de trois magistrats de la juridiction de premier degré.

La loi du 17 juillet 1856, cependant, supprima la chambre du conseil et attribua au juge d'instruction ses pouvoirs. La procédure devant la chambre d'instruction était secrète, écrite et non contradictoire. Les parties n'étaient pas même informées de la date de l'audience statuant sur leur cas.

La fin des années 1850 représenta un point haut dans les pouvoirs attribués au juge d'instruction. Plusieurs projets tentèrent d'introduire des audiences contradictoires pendant la phase préparatoire, afin de permettre l'expression des droits de la défense. Les éléments de réforme en ce sens déposés en 1879, 1899, 1938 (Matter) et 1949 (Donnedieu de Vabres) demeurèrent cependant lettres mortes.

Le Code de procédure pénale : un embryon de contradictoire. Le Code de procédure pénale de 1958 toucha peu au juge d'instruction[864]. Il n'en fut pas de même de la chambre d'accusation. Le nouveau code introduisit à ce niveau un embryon de contradictoire[865] en ordonnant que les parties fussent désormais informées de la date de l'audience et admises à y présenter des observations sommaires[866]. Pour autant, le nouveau texte réaffirma le caractère secret de l'audience, tenue en chambre du conseil[867].

Dans les années 1950, juste avant la mise en chantier du Code de procédure pénale, les critiques s'étaient faites de plus en plus vives contre la chambre d'accusation que le Professeur Vouin qualifiait « *d'institution moribonde* » qui ne faisait « *plus son métier* »[868]. Ces critiques furent validées *a posteriori* par le président à la Cour de cassation Brouchot qui, en se félicitant des nouvelles dispositions du Code de procédure pénale, expliqua que l'ancienne chambre d'accusation exerçait un contrôle insuffisant sur les procédures, tant ses membres étaient-ils occupés à vaquer d'une tâche à une autre, en se désintéressant de ce *pensum* judiciaire que représentait la procédure devant la chambre d'accusation[869].

---

[863] Cass. crim., 12 août 1844, *S.* 1844.I.648.
[864] CHAMBON Pierre, « Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale », *J.C.P.*, 1959. I.1531 bis.
[865] JEANDIDIER Wilfrid, *La juridiction d'instruction du second degré*, thèse, Nancy, 1975.
[866] Articles 197 à 199 du Code de procédure pénale.
[867] Article 199 du Code de procédure pénale.
[868] VOUIN Robert, « Prière pour la chambre d'accusation », *J.C.P.*, 1955.I.1221.
[869] BROUCHOT Jean, « La chambre d'accusation », *RSC*, 1959, p. 327.

La loi n° 58-1296 du 23 décembre 1958 rétablit une spécialisation des magistrats composant la chambre d'accusation[870], afin, comme l'avait déploré le président Brouchot, que cesse leur éparpillement entre les différentes tâches du service judiciaire. Cela ne dura pas. Le décret du 12 février 1960 revint à la situation antérieure, rétablissant pour la plupart des cours d'appel de province, une chambre d'accusation composée, en fait, de magistrats issus d'autres chambres de la cour d'appel. Ce décret, commenta M. Chambon, « *a pratiquement ruiné la réforme du Code de procédure pénale* […], *la chambre d'accusation, alors qu'elle devrait être la première de la cour, est restée la chambre « sacrifiée* »[871].

Le débat contradictoire, « *socle* » de la réforme de 1984. Le caractère pleinement contradictoire d'une audience pendant la phase d'instruction est apparu dans la loi du 9 juillet 1984[872]. Comme l'affirmait son rapporteur, M. Jean-Pierre Michel, devant l'Assemblée nationale : « *le débat contradictoire* […] *est le socle du texte* »[873].Votée pour un instaurer une véritable audience devant le juge d'instruction relativement au placement en détention provisoire, la loi de 1984 avait modifié l'article 145 du Code de procédure pénale, pour le rédiger de la manière suivante : « *Le juge d'instruction statue en audience de cabinet, après un débat contradictoire au cours duquel il entend les réquisitions du ministère public, puis les observations de l'inculpé et, le cas échéant, celles de son conseil.* » Cette réforme faisait basculer la question procédurale de la décision sur le placement en détention dans la catégorie des décisions juridictionnelles, afin d'y agglomérer l'ensemble des droits qui y sont associées. M. Badinter, ministre de la Justice, pouvait ainsi déclarer : « *pour la première fois dans l'histoire de notre justice, elle marque l'apparition du débat contradictoire avec toutes ses garanties, au moment où le magistrat s'interroge sur l'éventualité d'une détention provisoire, elle traduit à la fois, j'en suis convaincu, un progrès par rapport à l'évolution antérieure de la procédure pénale et une forme très significative de rupture avec l'histoire de l'instruction.* »[874]

La loi de 1984 était, cependant, davantage un coin enfoncé dans l'édifice de l'instruction qu'une réforme globale. Une fois implanté légalement pour le placement en détention, le principe du débat contradictoire devait migrer vers la chambre d'accusation. Adopté pour la

[870] Article 191 du Code de procédure pénale.
[871] CHAMBON Pierre, La chambre d'accusation, « Manuel Dalloz de droit usuel », Paris, Dalloz, 1978, pp. 10-11.
[872] Loi n° 84-576 du 9 juillet 1984 tendant à renforcer les droits de personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice, J.O. du 10 juillet 1984, p. 2177.
[873] Assemblée nationale, troisième séance du 15 mai 1984, Compte-rendu intégral, p. 2356.
[874] *Ibid.*, p. 2344.

question de la détention, il devait se développer pour d'autres contentieux. Etabli au cœur même de l'instruction, le principe du contradictoire ne pouvait, enfin, que faire s'interroger le législateur au sujet d'un de ses corollaires principaux : la publicité des audiences.

La publicité, attraite par la « *logique des garanties* ». Le principe d'un « *débat contradictoire* » dans la procédure d'instruction posé par la loi de 1984 signifiait autre chose que quelques remarques sommaires ou qu'une note glissée dans un dossier. Un « *débat contradictoire* » renvoie à l'idée du procès équitable : tribunal indépendant et impartial, respect des droits de la défense, égalité des armes et… publicité des débats. La loi de 1984 ne prévoyait pas la publicité, pas encore, il aurait été sans doute été de mauvaise politique, à l'époque, de brûler les étapes. Ecoutons cependant à ce sujet M. Badinter, quelques années plus tard, qui dévoilait alors la totalité de son raisonnement en la matière : le débat contradictoire « *s'inscrit dans la logique des garanties. Qu'est-ce qu'une audience contradictoire ? C'est un débat entre l'accusation et la défense. Dans notre droit, il est de principe que toute audience contradictoire doit être publique. Pourquoi publique ? Parce que c'est une garantie essentielle, pour celui qui est susceptible d'être placé en détention provisoire, que, à cette audience, ce qu'il fait valoir puisse être entendu au-delà du seul cabinet du magistrat instructeur. J'ajoute que c'est aussi l'intérêt général, car il n'est pas bon que circulent, à propos de tel ou tel placement en détention, des rumeurs sur les charges les aggravant au regard de ce qu'elles sont réellement ou, à l'inverse, une désinformation qui tend à faire penser que le juge d'instruction a placé sans raison valable le mis en examen en détention provisoire* »[875]. Et encore, sur le rôle du juge en matière pénale : « *Quelle est la fonction première du juge du siège. Il doit veiller au bon déroulement du procès, au respect des droits de chacun et, après avoir écouté les deux parties, celle qui accuse et celle qui défend, il prend, seul, ou dans un collège, la décision. Telle est sa grande fonction. Que signifie le procès pénal dont, à cet instant, je me fais le défenseur ? Il signifie la clarté, la publicité, le débat contradictoire…* »[876]

Après la loi de 1984, il n'a même pas fallu attendre cinq ans avant que le Parlement n'en arrive à cette conclusion, et en tire les conséquences par la loi du 6 janvier 1989. Cette dernière renforça le caractère contradictoire de la procédure pour ce qui concerne le débat sur la détention provisoire, et prévoyant une dérogation au principe du secret de l'instruction,

[875] Sénat, séance du 8 février 2007.
[876] Sénat, séance du 20 janvier 2004.

disposa que le débat et le prononcé de la décision pouvaient se dérouler en audience publique[877].

B. Le *développement* de la publicité de l'audience pendant la phase d'instruction

La loi de 1989 : renforcer les droits de la défense. Rapporteur du texte au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, M. Marchand déclarait, au sujet de la chambre d'accusation : « *Il s'agit de rendre obligatoire la comparution de l'inculpé lorsque lui-même ou son conseil le demande. Cette très bonne disposition renforce les droits de la défense : en effet, il est anormal, alors qu'il s'agit de la liberté d'un individu, que la chambre d'accusation juge sur pièce si je puis dire, sans entendre l'inculpé.* »[878]

Un débat très ancien. Les positions favorables à la publicité de l'instruction, qui a existé à plusieurs reprises historiquement, sont parfois anciennes, tel Mittermaier en 1868 : « *Reconnaître la légitimité de la publicité au débat définitif sans la reconnaître en même temps pour l'information préparatoire n'est qu'une inconséquence* […] *Le jury, le débat oral et sa publicité, sans la publicité de l'information préparatoire pourraient être comparés à une personne portant un beau vêtement au dessus et un linge de corps tombant en lambeaux, à une pièce où l'on ne vise que l'effet théâtral, à une maison sans fondement* ». Pour lui, c'est surtout au cours de l'instruction que l'accusé a besoin d'être protégé : « *contre toute injuste oppression. Dès que l'accusé d'un crime est amené devant la justice, il se trouve de droit placé sous l'égide du public et protégé par là contre toute illégalité, tout abus ou excès de pouvoir*. » [879]

Dès 1867, à la demande du gouvernement, une commission extraparlementaire composée notamment de Hélie et d'Ortolan travaillait sur une réforme du Code d'instruction criminelle pour sa partie relative à l'instruction. Ses travaux furent surpris par la guerre et demeurèrent inachevés. Cependant, la commission s'était déjà prononcé sur le principe d'audiences

[877] Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la décision provisoire.
[878] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc. p. 2817.
[879] MITTERMAIER Carl, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*, Paris, Thorin, 1868, p. 249. Pour une position contraire : BONNIER-ORTOLAN Elzear, *De l'instruction préparatoire, du secret et de la publicité de cette instruction*, thèse, Paris, 1872.

publiques pendant la phase d'instruction, notamment celles où prévenus et témoins étaient interrogés de manière contradictoire[880].

Le principe du contradictoire pendant l'instruction était défendu en 1879 par Dufaure, garde des Sceaux, qui prit la tête d'une commission qui rendit en 1880 un rapport[881] préconisant l'assistance d'un avocat, la présence de ce dernier aux interrogatoires, la communication à la défense des pièces du dossier et de toutes les ordonnances susceptibles d'être contestées devant la Chambre du conseil. Présenté au Sénat, ce projet fut jugé trop hardi par la Haute Assemblée qui adopta à sa place, le 5 août 1882, un texte très largement édulcoré dans lequel il écarta l'idée d'un débat oral et contradictoire devant le juge d'instruction et la présence de l'avocat aux interrogatoires. L'accès de la défense au dossier fut cependant validé par la loi du 8 décembre 1897.

Ministre de la Justice en 1896, Ricard soutenait pour sa part : « *Il est permis toutefois de penser qu'un progrès considérable sera réalisé si le magistrat instructeur, au lieu d'accomplir sa tâche toute entière à l'abri des regards du public, peut désormais, avant de prendre une décision définitive, soumettre au contrôle de la publicité les résultats acquis au cours de l'information* »[882].

Interrogée à ce sujet en 1896, la Cour de cassation s'était déclarée hostile à une telle idée : « *il n'y a pas lieu d'organiser la contradiction entre l'accusation et la défense pendant l'information pour la raison péremptoire que, durant cette période et tant qu'elle n'est pas terminée, il n'y a pas encore d'accusation* […] *C'est un soupçon qui se manifeste et qu'il faut soumettre au contrôle sévère de l'information judiciaire. L'œuvre à accomplir est une œuvre d'investigation et non de discussion. Elle exige, dans l'intérêt même de l'inculpé, de la prudence, de la discrétion, et, par-dessus toutes choses, de l'indépendance et de l'impartialité. Il appartient à la Cour d'affirmer hautement que ces qualités ne font pas défaut à nos magistrats instructeurs, et qu'ils ne méritent pas la méfiance dont tous les projets témoignent à leur égard. Il est nécessaire de leur abandonner la libre conduite de leur information qui ne doit pas être incessamment livrée à toutes les controverses entre le ministère public et le défenseur sous peine d'être arrêtée dans ses progrès et compromise dans ses résultats.* »[883]

Le caractère absolu du secret de l'instruction, y compris pour ses phases juridictionnelles, a toujours ses défenseurs telle Mme le Professeur Rassat qui estime que ce secret permet de

[880] MOULINS Charles de, *De la publicité et de la contradiction dans la procédure pénale*, Thèse, Toulouse, 1921, pp. 130-131.
[881] J.O. du 15 janvier 1880.
[882] Sénat, J.O. du 29 mars 1896, annexe 10, p.3.
[883] Gazette des tribunaux, 30 décembre 1896.

garantir l'efficacité de l'enquête, de protéger la liberté et la sérénité du juge, de protéger la personne poursuivie et d'éviter un spectacle médiatique criminogène : « *Face à ces arguments qui militent en faveur du secret, il ne se manifeste, à proprement parler, aucun argument de fond en faveur de la publicité* »[884] estime-t-elle.
Le législateur a, toutefois, voté en 1989 l'introduction de ce principe pendant la phase d'instruction.

La publicité des débats, ajoutée par voie d'amendement. Le projet de loi présenté, en 1989, par M. Pierre Arpaillange, pour le gouvernement, ne prévoyait pas la publicité des débats devant la chambre d'accusation. Cette disposition a été ajoutée par un amendement déposé par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, adopté par l'ensemble de ses membres, toutes tendances confondues[885].
Cette possibilité d'ouvrir les portes de la chambre d'accusation au public avait déjà fait l'objet de deux propositions de loi déposées par des parlementaires sur le bureau de la présidence de l'Assemblée nationale en 1973 et 1977[886]. Ces travaux parlementaires s'inscrivaient aussi dans le cadre d'une défiance : celle exprimée à l'encontre de la police, parfois jugée au cours des débats et à la lumière d'une actualité alors récente, plus prompte à servir les intérêts politiques que ceux de la justice[887]. Dans ce contexte, la transparence de l'action judiciaire devait aussi servir à conforter la règle de droit, par le contrôle du public au soutien du contrôle de la chambre d'accusation. Au cours des débats, M. Jean-Pierre Michel déclara ainsi : « *A titre de plaisanterie, rappelons quelle est la législation. La police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre d'accusation. Qui peut, mes chers collègues, soutenir aujourd'hui que la loi est toujours respectée ? Sûrement pas les praticiens du droit ! Qui peut soutenir que la puissance judiciaire déléguée à la police par les commissions rogatoires du juge d'instruction est restituée à l'autorité mandante ? Sûrement pas les praticiens du droit* ! »[888]

---

[884] RASSAT Michèle-Laure, *Procédure pénale*, Paris, Ellipse, 2010, p. 488.
[885] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2852.
[886] Celle de 1973 avait été élaborée par un groupe d'experts parmi lesquels figuraient M. Arpaillange, alors magistrat détaché au ministère de la Justice en tant que directeur de cabinet du Garde des sceaux. Au cours des débats de 1988, devenu ministre, M. Arpaillange va s'opposer à cette proposition en demandant à l'Assemblée de laisser le temps à la Commission Justice et droits de l'homme de travailler. Assemblée nationale, 2e séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2853.
[887] M. Jean-Pierre Michel évoqua explicitement, au cours des débats, la remise en juillet 1986, par un service de police, d'un passeport français avec un nom d'emprunt à M. Yves Chalier, qui faisait pourtant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction de Paris. Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2829.
[888] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2829.

Poursuivant son raisonnement relativement au secret de l'instruction et à la proposition de rendre les débats sur la détention publics devant la chambre d'accusation, M. Michel précisait : « *En fait, cette question du secret de l'instruction est sur la place publique depuis très longtemps. Des juristes éminents* […] *comme Me Maurice Garçon par exemple, se sont toujours levés contre le secret de l'instruction. Et même celui qui, à cette tribune, avait été le rapporteur de l'amendement qui fut à l'origine de l'article 11 du code de procédure pénale, Jacques Isorni, regretta bien après coup d'avoir été l'instigateur d'une telle mesure et a tout fait pour qu'on revienne dessus* […] *Le présent texte prévoit* […] *qu'à la demande de l'inculpé un débat public sera possible devant la chambre d'accusation. Ainsi, à un certain stade de l'information, on saura véritablement et publiquement, après tout c'est cela la démocratie, pour quelles raisons un juge d'instruction ou un procureur de la République demande que son inculpé reste en détention provisoire au-delà d'un an en matière criminelle, ou de six mois en matière correctionnelle. Un débat public s'instaurera devant la chambre d'accusation. Je crois que c'est une très bonne chose car les citoyens doivent pouvoir contrôler l'exercice de la justice par les juges.* »[889]

Le ministre de la Justice objectant qu'il fallait envisager la réforme du secret de l'instruction de manière globale et non à l'occasion d'un texte portant sur un point particulier. M. Marchand lui rétorqua que cela devait bien « *commencer quelque part et* [que] *la chambre d'accusation* [était] *le bon lieu* ». Il ajoutait : « *Je me permets de donner un exemple récent. L'affaire qui a beaucoup occupé l'opinion publique, l'affaire des anesthésistes de Poitiers, et qui s'est terminée par une décision d'acquittement de la cour d'assises de la Vienne si elle avait été évoquée en audience publique devant la chambre d'accusation, aurait-elle pris le même chemin ? Je pose simplement la question. Voilà pourquoi je maintiens cet amendement* »[890]. M. François Colcombat ajouta : « *Vous nous indiquez, M. le garde des Sceaux, qu'une commission est saisie, mais le projet de 1973 était le résultat des travaux d'une commission.* [Les personnalités qui y siégeaient] *étaient tombés d'accord sur le fait que le seul moment où l'on pouvait lever, sans trop de danger, le secret de l'instruction, était à ce niveau de la procédure. Il me semble que cette ancienne commission offrait autant de garanties que la nouvelle* ».

[889] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2829.
[890] Assemblée nationale, 2e séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2853. Au sujet de cette affaire, et de l'appréciation très circonstanciée de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur la régularité de l'instruction et de la décision, du 12 mai 1987, de renvoi devant la cour d'assises de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Poitiers : Cass. crim., 18 août 1987, non publié au Bulletin, pourvoi n° 87-83084.

L'amendement fut donc voté par les députés malgré l'avis défavorable du gouvernement. Le principe fut confirmé par le Sénat. L'article 199 du Code de procédure pénale, tout en ménageant des exceptions permettant à la chambre d'accusation de prononcer le huis clos prévoyait désormais : « *En matière de détention provisoire, la comparution personnelle de l'inculpé est de droit si celui-ci ou son conseil en fait la demande ; cette requête doit, à peine d'irrecevabilité, être présentée en même temps que la déclaration d'appel ou que la demande de mise en liberté adressée à la chambre d'accusation. Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, en cas de comparution personnelle d'un inculpé majeur au moment de la commission de l'infraction, lorsque l'inculpé ou son conseil en fait la demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique sauf si la publicité est de nature à nuire au bon déroulement de l'information, aux intérêts d'un tiers, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; la chambre d'accusation statue sur cette demande, après avoir recueilli les observations du procureur général et, le cas échéant, des conseils des autres parties, par un arrêt rendu en chambre du conseil qui n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale* ».

L'élargissement de la publicité aux débats devant la chambre de l'instruction. Ces dispositions furent reconduites dans la loi du 4 janvier 1993[891] et celle du 23 juin 1999[892]. La loi du 15 juin 2000[893] garda le principe de débats tenus en chambre du conseil, mais étendit l'exception de publicité à toutes les matières débattues devant ce qui était devenu la chambre de l'instruction : « *Les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en chambre du conseil. Toutefois, si la personne majeure mise en examen ou son avocat le demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en séance publique, sauf si la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers. La chambre de l'instruction statue sur cette demande, après avoir recueilli les observations du procureur général et, le cas échéant, des avocats des autres parties, par un arrêt rendu en chambre du conseil qui n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale* ».

L'extension de la publicité au débat sur le placement en détention. Cet élargissement du champ de la publicité devant la juridiction d'appel se doublait, surtout, d'une nouveauté : la

[891] Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, J.O. du 5 janvier 1993.
[892] Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, J.O. du 24 juin 1999.
[893] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, J.O. du 16 juin 2000.

possibilité d'un débat contradictoire public devant l'autre grande création de la loi du 15 juin 2000, le juge des libertés et de la détention. Dans sa version issue de la loi du 4 janvier 1993, qui reprenait l'esprit de la loi de 1989, l'article 145 du Code de procédure pénale disposait que le juge d'instruction statuait à l'issue d'un débat contradictoire s'étant déroulé en audience de cabinet. Ces dispositions avaient été reprises dans la loi du 30 décembre 1996[894]. Avec la loi du 15 juin 2000[895], première réforme globale entreprise depuis 1958 en matière de procédure pénale, le législateur renforçait le caractère accusatoire de la procédure de placement en détention provisoire : le pouvoir de prendre cette décision était retiré au juge d'instruction pour être confié à un juge qui ne serait pas en même temps directeur d'enquête. Le principe du contradictoire devait être respecté, ainsi que celle de l'égalité des armes et le respect des droits de la défense, intérêts de la partie civile compris. Le législateur alla jusqu'au bout de sa logique, en décidant que ce débat contradictoire pouvait être public. Pour autant, le modèle anglo-saxon, à la différence de l'époque révolutionnaire, n'était pas érigé en exemple à suivre à tout prix, comme le déclara d'emblée Mme Guigou, ministre de la Justice : « *Le système inquisitoire est meilleur en ce qui concerne tant les libertés individuelles que l'efficacité de la procédure. Je préfère, et je le dis clairement, un juge indépendant, qui instruit à charge et à décharge, à des policiers qui exécutent seuls, sans contrôle judiciaire, une large part des investigations* »[896]

Le retour au principe de 1789. Si, dans les années 1950, la doctrine regrettait l'affaiblissement de la qualité du contrôle opéré par la chambre d'accusation, elle n'en revenait pas encore, pour autant, aux principes initiaux qui confiaient cette tâche à la fois à une juridiction supérieure et au public. En 1818, alors que le Code d'instruction criminelle commençait à produire ses effets, Jonas Meyer s'alarmait, déjà, de « *l'autorité illimitée* », « *sans aucune restriction que celle qui lui était imposée par sa conscience* » qui était donnée à un juge dès lors que n'existait plus « *ni le contrôle de la publicité, ni celui d'un recours à une autorité plus élevée* »[897].

La distinction initiale, qui était aussi celle de Beaumetz, entre phases d'enquête et audience juridictionnelle, peut être retrouvée dans le propos de Mme Guigou, lors des travaux

[894] Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, J.O. du 1er janvier 1996.
[895] Dont les travaux ont débuté à partir du rapport établi par la commission présidée par M. Pierre Truche en 1997.
[896] Assemblée nationale, 3e séance du 23 mars 1999, J.O. du 24 mars 1999, p. 2722.
[897] MEYER Jonas, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. III, Paris, Dufour, 1823, p. 293.

parlementaires relatifs à ce qui deviendra la loi du 15 juin 2000 : « [I]*l faut bien différencier les mesures relevant de la fonction d'investigation qui, bien entendu doivent rester secrètes pour être efficaces, et celles relevant de la fonction juridictionnelle. Les fonctions juridictionnelles doivent être publiques, contrairement aux premières, et c'est la raison pour laquelle il n'est pas envisagé de supprimer le secret, mais simplement de permettre à des moments cruciaux de la procédure juridictionnelle de permettre des débats contradictoires.* »[898] Telle est la nature profonde de ce texte, qui scinde en deux l'instruction : d'une part, la collecte – secrète – des preuves ; d'autre part leur discussion – publique – afin d'assurer la pleine effectivité des droits de la défense dans le respect du principe du contradictoire.

De l'exception de publicité à la publicité de droit. Notre législation a donc consolidé la possibilité d'une audience publique et contradictoire pendant la phase d'instruction. Le principe a été renforcée par la loi du 5 mars 2007[899], entrée en vigueur le 1er juillet 2007, qui a rendu la publicité de droit pour les débats sur la détention. Le même principe vaut pour l'examen de l'ensemble de la procédure d'information, prévu à l'article 221-3 du Code de procédure pénale, lorsqu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis le placement en détention.
Les conclusions tirées de l'étude de la manière dont l'instruction avait été menée au cours de l'affaire dite Outreau, ont fondé une partie des réformes contenues dans la loi de 2007. Les débats parlementaires ont principalement été alimentés par le rapport du *« groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite d'Outreau* »[900], présidé par M. Jean-Olivier Viout, Procureur général près la Cour d'appel de Lyon ; le rapport de l'Inspection générale des Services judiciaires, signé par M. Christian Raysseguier, sur les « *conditions du traitement judiciaire de l'affaire dite d'Outreau* »[901] ; et le « *rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement*

[898] Assemblée nationale, 1ère séance du 24 mars 1999, J.O. du 25 mars 1999, p. 2783. - Dans le même sens, l'intervention de M. Pierre Albertini à cette séance : « [E]*ntre le risque de quelques abus et la logique, aujourd'hui défectueuse, de notre système, nous pensons qu'il fallait franchir le pas pour introduire une procédure très franchement contradictoire.* », J.O. du 25 mars 1999, p. 2786. - M. Albertini, professeur de Droit à l'Université de Rouen, était député UDF en 1999.
[899] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, J.O. du 6 mars 2007.
[900] VIOUT Jean-Olivier (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »*, Paris, Ministère de la Justice, février 2005, 63 p.
[901] Inspection générale des Services judiciaires, *Conditions du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »*, Paris, Ministère de la Justice, mai 2006, 151 p.

dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement. »[902]

Le rapport « *Viout* » préconisait « *d'instaurer semestriellement dans les procédures donnant lieu à détention provisoire une audience de la chambre de l'instruction portant sur l'examen de l'état d'avancement et la poursuite de l'information.* » Au moment où cette préconisation a été rédigée, l'article 199 du Code de procédure pénale posait le principe de débats se déroulant en chambre du conseil y compris pour le contentieux de la détention, la personne majeure mise en examen ou son avocat ayant la possibilité de demander la publicité dès l'ouverture des débats.

Le rapport de l'Inspection générale des Services judiciaires, proposait, pour sa part, de « *renforcer le contradictoire et la possibilité de discuter les éléments de preuve au cours et à l'issue de l'information* »[903] : « *Les constats effectués par la mission mettent en évidence l'intérêt d'un recours permettant au cours de l'information, de discuter la valeur des éléments à charge et à décharge réunis à l'encontre des personnes mises en examen. Cette appréciation s'effectue en effet dans des conditions insatisfaisantes à l'occasion du contentieux de la détention provisoire, où elle n'a théoriquement pas sa place* » argumentait son auteur. Rejoignant une proposition, déjà ancienne, de l'Association française des magistrats instructeurs, il proposait que l'ordonnance de mise en examen soit motivée et susceptible d'appel. Le rapport préconisait aussi un débat contradictoire avant l'ordonnance de règlement et donc de changer une loi « *qui ouvre seulement aux parties le droit de présenter des demandes d'actes ou des requêtes en nullité pendant un bref délai suivant l'avis de fin d'information* », avant un réquisitoire définitif, sans possibilité de réplique.

« *Notre système procédural repose en réalité sur l'idée que le débat contradictoire sur les éléments de preuve se tiendra devant la juridiction de jugement. On ne peut cependant ignorer que la comparution devant un tribunal correctionnel ou une cour d'assises peut être ressentie en soi, par la personne concernée, comme une atteinte à l'honneur,* [I]*l peut sembler anormal, dès lors qu'un juge est appelé à porter une appréciation sur les charges de culpabilité, qu'il n'entende pas préalablement les arguments de la défense.* » [904]

Le rapport de l'Inspection générale soulignait que la chambre de l'instruction dans l'affaire Outreau avait approuvé 21 des 23 refus d'actes opposés par le juge d'instruction, et n'avait

---

[902] VALLINI André, HOUILLON Philippe, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, douzième législature, document n° 3125, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, 628 p.

[903] Rapport Inspection Générale, op. cit, p. 134.

[904] *Ibid*., p. 135.

vraiment désapprouvé le juge qu'à une seule reprise[905]. L'idée germait que le contrôle du magistrat instructeur par d'autres magistrats, dont la responsabilité paraissait diluée, était insuffisant. A un contrôle défaillant, sans doute convenait-il d'ajouter celui du public sur les décisions et l'action des juges.

L'article 221-3 du Code de procédure pénale prévoit désormais la possibilité pour le président de la chambre de l'instruction de réexaminer le dossier tous les trois ou six mois.

La loi de 2007 a, par ailleurs, rendu la publicité de droit pour le débat contradictoire sur la détention devant le juge des libertés et de la détention et la décision de ce dernier, dès lors que le mis en examen est majeur : « *Le juge des libertés et de la détention statue après un débat contradictoire* […] *Si la personne mise en examen est majeure, le débat contradictoire a lieu et le juge statue en audience publique.* »[906]

Le même texte a modifié les règles relatives au débat devant la chambre de l'instruction. Comme devant le juge des libertés et de la détention, la publicité des débats et de la décision sont de droit pour le contentieux de la détention dès lors que le mis en examen est majeur : « *En matière de détention provisoire, et par dérogation aux dispositions du premier alinéa, si la personne mise en examen est majeure, les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique* »[907].

Le principe, affirmé par le premier alinéa de l'article 199 du Code de procédure pénale, demeure, pour le reste des contentieux, celui d'une audience en chambre du conseil. La publicité des débats et de la décision, qui ne sont alors pas de droit, peut toutefois être demandée par la personne mise en examen : la chambre de l'instruction statue alors « *sur cette demande, après avoir recueilli les observations du procureur général et, le cas échéant, des avocats des autres parties, par un arrêt rendu en chambre du conseil qui n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale* ».

La circulaire ministérielle relative à l'adoption par le Parlement de la loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale[908] résume le nouvel état de la législation relative à la procédure devant la chambre de l'instruction de la manière suivante : « *Il s'agit pour l'essentiel de dispositions relatives à la chambre de l'instruction, prévoyant la publicité de principe des débats en matière de prévention provisoire, même en l'absence de demande de la personne détenue, instituant, sur décision de son président, une audience publique de contrôle*

[905] Inspection générale des Services judiciaires, *Conditions du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »*, Paris, Ministère de la Justice, mai 2006, p. 86.
[906] Article 145 du Code de procédure pénale.
[907] Article 199 du Code de procédure pénale.
[908] Circulaire de la DACG n° 2007-04 du 27 février 2007, NOR : JUSD0730013C.

portant sur l'ensemble de la procédure et supprimant l'obligation pour les avocats de ne faire que des observations sommaires devant la chambre ».

Un principe au cœur du rapport Léger. Remis au Président de la République et au Premier Ministre le 1er septembre 2009, le Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale souligne, dans son introduction que « *la réflexion sur la procédure pénale est prioritaire, certaines dispositions du code de procédure pénale étant devenues illisibles et incohérentes, en particulier en ce qui concerne l'instruction préparatoire.* »[909] Ce texte propose de transformer le juge de l'instruction en juge de l'enquête et des libertés, qui quitterait son rôle d'enquêteur pour s'inscrire dans un rôle purement juridictionnel[910], chargé en priorité de statuer sur les mesures attentatoires aux libertés individuelles[911] : « *un juge, responsable d'une enquête pénale, ne peut agir avec une stricte neutralité et n'est pas totalement un juge* »[912]. Le rapport préconise d'instituer un cadre unique d'enquête, avec le seul procureur de la République comme directeur d'enquête[913].

Le juge de l'enquête devra veiller sur la loyauté de celle-ci et pourra être saisi du contentieux relatif aux demandes d'acte[914]. Le caractère contradictoire de la procédure devant ce juge pourra être renforcé par le principe de la publicité de l'audience : « *Dans certains cas, le caractère public du débat devant le juge de l'enquête constituera une garantie supplémentaire. Si l'on craint l'inertie du parquet dans les affaires « sensibles », l'organisation d'un débat public où l'action du procureur pourra être mise en cause constituera à n'en pas douter un aiguillon pour le ministère public. En outre, le juge de l'enquête constituera un recours pour la partie civile en cas d'inertie du parquet puisqu'il pourra enjoindre au ministère public d'ouvrir une enquête sur des faits dénoncés par une victime, ou contraindre le procureur à revenir sur une décision de classement sans suite* […] *Enfin la légalité des actes réalisés par le parquet ou par la police judiciaire sous la direction du parquet pourra être contestée devant la juridiction d'appel, nommée chambre « de l'enquête et des libertés* »[915].

C'est donc la fin de l'instruction inquisitoire que le rapport Léger préconise, avançant qu'une « *procédure pénale moderne et équilibrée justifie un respect accru du principe fondamental*

---

[909] *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, Paris, Ministère de la Justice, p. 2.
[910] *Ibid.*, pp. 7
[911] *Ibid*., p. 12.
[912] *Idem.*
[913] *Ibid.*, p. 9.
[914] *Ibid*., p. 13.
[915] *Idem.*

du contradictoire. Il est donc proposé une procédure dans laquelle les parties pourront bénéficier plus largement des droits du contradictoire […] *Les droits des parties seront d'autant plus renforcés qu'elles pourront former leurs demandes d'actes devant un juge extérieur à la conduite des investigations et que les décisions de ce juge seront susceptibles d'appel devant une juridiction collégiale.* »[916]

Concernant la juridiction de second degré qui prendrait pour nom « *chambre de l'enquête et des libertés* », le comité propose que « *les débats en matière de détention provisoire seront publics mais, contrairement au droit actuel, la chambre statuera sur les demandes de huis clos en audience publique et sans devoir rendre un arrêt autonome sur cette demande.* »[917]

Si la question du respect du contradictoire est important relativement à la question de la publicité de l'audience, celle-ci, comme la loi adoptée en 2007 est venue le souligner, est intimement liée à un objet principal : le contentieux relatif à la privation de liberté.

[916] *Ibid.*, pp. 14 et 18.
[917] *Ibid.*, p. 29.

Section 2. La publicité de l'audience dès l'exposition au risque de privation de liberté

Une protection par la publicité consacrée par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a déclaré « *qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* »[918]. Il ajouta : « *Considérant que constitue une décision juridictionnelle l'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance de la peine proposée par le parquet et acceptée par la personne concernée ; que cette homologation est susceptible de conduire à une privation de liberté d'un an ; que par suite, le caractère non public de l'audience au cours de laquelle le président du tribunal de grande instance se prononce sur la proposition du parquet* […] *méconnaît les exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées* »[919].

Evidemment, il peut être soutenu que ce principe n'a été énoncé que pour une décision sur le fond et que la privation de liberté ici évoquée concerne l'application d'une peine d'une certaine intensité prononcée après une procédure tranchant la question de la culpabilité. Cependant, le Conseil constitutionnel évoque aussi « *une décision juridictionnelle* », et nous avons vu que la diffusion du principe du contradictoire au cœur de la phase préparatoire est de nature à y installer des décisions de cette nature.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel associe étroitement l'exigence de publicité à deux éléments : la présence d'une décision juridictionnelle, donc, et la possibilité d'une privation de liberté. Cette idée n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été posée avec force par le législateur de 1789, puisque c'est à partir d'une approche matérielle relative à la liberté que le décret d'octobre 1789 posant le principe de la publicité de l'audience dans notre procédure pénale avait été adopté.

[918] Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Considérant 117, J.O. du 10 mars 2004, p. 4637.
[919] Même décision, considérant 118.

Plan. La publicité est une garantie contre les utilisations abusives de la privation de liberté (§1). Cette garantie a été de plus en plus retenue, ces dernières années, par un législateur revenant aux sources d'une publicité envisagée comme une protection matérielle contre la privation de liberté (§2).

§ 1. La publicité contre les abus en matière de privation de liberté

Plan. La publicité apparaît comme une protection contre l'usage abusif de la privation de la liberté dans le cadre d'une procédure relative à l'accusation. Ces abus peuvent prendre deux formes principales : l'application de la peine privative de liberté avant la décision sur le fond afin de faciliter d'autant plus une condamnation que la peine aura déjà été exécutée ; la privation de liberté utilisée comme un moyen de pression afin d'obtenir l'auto-incrimination, c'est-à-dire l'aveu, de la personne poursuivie (A). La privation de liberté crée également des conditions favorables aux mauvais traitements. La publicité, dès lors, peut servir à protéger la liberté et l'intégrité physique (B).

A. La publicité contre l'abus de la privation de liberté à des fins procédurales

Un affaiblissement de la phase décisoire. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme construisait sa jurisprudence, la fin du XXe siècle s'est caractérisée, en France, par une véritable dérive de l'utilisation de la détention provisoire, en ce sens que cette mesure a été utilisée d'une façon routinière par les magistrats, tandis que la durée des informations judiciaires s'allongeant, celles des privations de liberté avant procès ont suivi le même chemin. Il est alors devenu fréquent d'observer, pour des dossiers sortant du cabinet d'un juge d'instruction, des prévenus ou accusés se présenter devant la juridiction de jugement en ayant déjà passé en prison un temps équivalent à la durée prévisible de leur incarcération en cas de condamnation. En 1994, 77,2 % des entrants en prison étaient privés de liberté au moyen de la

détention provisoire, qui était donc le mode courant d'incarcération[920]. Une partie de ces présumés innocents étaient relaxés ou acquittés après avoir purgé de fait une peine qu'il ne leur avait finalement pas été infligée. Pour un certain nombre des autres, leur condamnation signait leur élargissement, puisqu'ils avaient déjà purgé sous le régime de la détention provisoire leur condamnation.

Une constante nationale. A s'y arrêter un instant, c'est aussi là un trait du génie français, constant depuis plus de 1500 ans : infliger la peine avant d'avoir statué sur la culpabilité. De ce point de vue, nous ne pouvons que constater la logique commune implacable qui unit tout au long des siècles, les ordalies, la question préparatoire et la détention préventive puis provisoire. Au début du XIXe siècle, le Code d'instruction criminelle avait repris les pratiques de l'Ancien régime et des générations de juristes s'épuisèrent en vaines protestations, après Duport, qui avait déclaré, alors que l'article IX de la déclaration des droits de l'homme était en discussion devant la Constituante : « [I]*l existe en France un usage barbare de notre droit criminel de punir les coupables, lors même qu'ils ne le sont pas encore déclarés. »*[921]

La détention provisoire assimilée à la peine. Domat écrivait en 1745 : « *La prison n'a point été établie pour punir les coupables, mais pour s'assurer des accusez pendant qu'on instruit leur procès* »[922]. Il avait, alors, tout à fait raison. Il n'était pas possible d'assimiler la détention préventive à une peine, dès lors que la prison ne faisait pas partie des châtiments infligés en matière criminelle. Cependant, dès lors que l'emprisonnement a rejoint la gamme des punitions prévues en répression d'une infraction pénale, ce raisonnement est devenu tout de suite moins solide.

L'Instruction sur le décret du 23 septembre 1791 continuait, cependant, à soutenir que la détention préventive n'était pas une peine et voulait le prouver en ordonnant de ne pas détenir dans les mêmes lieux condamnés et prévenus. Selon, cette doctrine, la privation de liberté

---

[920] ROBERT Philippe, « Un casse-tête législatif : la détention provisoire », Bulletin d'information du Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit, *Questions Pénales*, 1994, VII, 1. – Cette proportion était toujours environ des trois quarts en 2003 : KENSEY Annie, « Trois incarcérations sur quatre au titre de la détention provisoire », *AJ Pénal*, octobre 2003, p. 20.

[921] Assemblée nationale, séance du 21 août 1789 au soir, Gaz. nat., n° 45, du 21 au 23 août 1789. Adrien Duport proposa deux articles au terme de son intervention : « *Art. 1er. La loi ne peut établir de peines que celles qui sont strictement et évidemment nécessaires, et le coupable ne peut être puni qu'en vertu d'une loi antérieurement établie et légalement appliquée. II. Tout homme étant innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée* ».

[922] DOMAT Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t II, Paris, 1745, p. 242.

pouvait être à la fois, selon le mode de détention retenu, une simple mesure destinée à s'assurer de la personne du prévenu et l'exécution d'un châtiment.

L'article 601 du Code d'instruction criminelle a consacré cette idée, en établissant des maisons d'arrêt, des maisons de justice et des prisons. Ces prescriptions n'ont pas été respectées et le législateur les renforça par une loi du 5 juin 1875 qui voulait que « *les inculpés, prévenus et accusés* [seraient] *à l'avenir, individuellement séparés pendant le jour et la nuit* ». La résistance des conseils généraux, qui refusèrent très majoritairement de voter les crédits nécessaires, rendit ce texte inapplicable au point que le gouvernement fit voter la loi des 4-5 février 1893 qui commença à transférer les budgets des différentes prisons départementales à une administration pénitentiaire centrale. Les difficultés initiales en furent centralisées mais pas réglées. C'est donc bien depuis leurs origines que les maisons d'arrêt abritent indistinctement des condamnés exécutant leurs peines et des prévenus présumés innocents. Il serait, par ailleurs, trop fastidieux de rapporter ici les innombrables rapports parlementaires, anciens et récents, déposés depuis près de deux cents ans pour dénoncer l'état de délabrement des prisons françaises. Notons simplement que, de nos jours, s'ajoute à la prose parlementaire, celle des institutions européennes.

La fiction juridique qui continuait à considérer que la détention provisoire n'était pas une peine a été abrogée par la loi du 15 novembre 1892[923] qui a permis d'imputer de plein droit, aussi bien en matière correctionnelle que criminelle, la durée de la détention provisoire sur la durée de la peine[924]. Or, dans la logique commune qui est aussi celle des mathématiques, lorsque deux éléments peuvent se soustraire l'un à l'autre, c'est bien qu'ils sont de nature semblable.

La détention provisoire, élément déterminant pour la question de la culpabilité. La détention provisoire, dans son principe et sa durée, peut être considérée comme déterminante pour la décision finale relative à la culpabilité. La propension des tribunaux à condamner plus facilement dans ces conditions, c'est-à-dire pour reprendre la formule d'usage dans les palais de justice, « *à couvrir la détention provisoire* », est évidente[925]. Quel est l'enjeu réel de la

[923] Art. 23 : « *La durée des peines temporaires comptera du jour où la condamnation sera définitive* ».
[924] GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, p. 1085.
[925] En 2001, malgré les mesures destinées à limiter le recours à la détention provisoire, la part des condamnés ayant effectué leur peine au jour du prononcé de leur condamnation était encore de 1,2 %, soient 943 personnes : TORTERAT Jérémie, TIMBART Odile, « *L'exécution des peines d'emprisonnement* », Infostat Justice, n° 83, Ministère de la Justice, juillet 2005, p. 1.

décision sur le fond, en effet, si la peine a déjà été exécutée ? Comme l'écrivait le Doyen Carbonnier : « *La détention préventive appelle la condamnation* »[926].

Ainsi, lors de la rentrée solennelle de la Cour d'appel de Colmar, le 4 novembre 1862, alors que l'institution de la détention provisoire était vivement critiquée en raison du scandale suscité par l'affaire Doise[927], le procureur général Bigorie de Laschamps pouvait-il déclarer : « *qu'étant connues et appréciés, la prudence, l'impartialité des magistrats* […] *déjà la vérité n'est pas seulement indiciaire, mais manifeste, lorsque le prévenu est renvoyé en chambre d'accusation.* »[928]

Le placement et surtout le maintien en détention lorsqu'il dure représentent un « *préjugement* », qui influence, d'abord, les juges eux-mêmes. M. Robert Badinter le dénonçait, après bien d'autres, à l'occasion des débats autour de la réforme de 1970 : « [L]*e jugement rendu à l'audience par les magistrats du siège est précédé d'un véritable préjugement rendu au cours de l'information par le juge d'instruction, le plus souvent en accord avec le Parquet. Dès le début de l'instruction, juge d'instruction et Parquet apprécient souverainement d'une part, la gravité des faits et, d'autre part, l'importance des charges ou plutôt les probabilités d'une condamnation de l'inculpé à une peine de prison ferme. C'est en fonction de cette appréciation de l'issue finale du procès, beaucoup plus que des craintes de voir l'inculpé se soustraire à la justice ou en contrarier le cours, qu'il est décidé de la mise en détention préventive de l'inculpé.* »[929]

Le rapport entre placement en détention provisoire et jugement sur le fond a été étudié, les conclusions allant dans le sens de l'influence de la première sur la déclaration de culpabilité[930]. Certains auteurs soulignent même que la pratique de la « *couverture* » de la période de détention provisoire est l'une des explications à la réintroduction des courtes peines dans la jurisprudence des tribunaux répressifs[931].

A mesure que furent promulguées des mesures légales destinées à limiter le recours à la détention provisoire, l'existence de cette privation de liberté a par ailleurs renforcé l'idée de la culpabilité dans l'esprit de ceux qui étaient amenés à statuer. En 1855, sous l'empire du Code

---

[926] CARBONNIER Jean, « *Le problème de la détention préventive* », Revue générale de Droit, 1937, p. 126.
[927] Voir *supra*.
[928] Cité in DESSALLES Léon, *Quelques réflexions sur la détention préventive*, Paris, Cotillon, 1863, p. 16.
[929] Déclarations de Robert Badinter rapportées dans le journal « *Le Monde* » daté des 12 et 13 avril 1970. Ces déclarations présentent la particularité d'avoir été cités à la fois par M. de Grailly, rapporteur de la loi du 17 juillet 1970, Rapport A.N. n° 1147, 26 mai 1970, p. 7, et par Mme Lazerges, rapporteur de la loi du 15 juin 2000, *op. cit*, p. 26.
[930] TOURNIER P, « La détention provisoire et sa mesure », *Revue de criminologie*, 1995-2, XXVIII, p. 31.
[931] SNACKEN Sonja, « Aspects criminologiques », in *La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive : et après ? Actes du colloque organisé par la Conférence du Jeune barreau de Liège et la fondation François Piedboeuf le 6 mai 1994*, Liège, 1995, p. 326.

d'instruction criminelle, sur 1.000 accusés de crime, donc alors placés en détention préventive, 626 étaient acquittés ou condamnés seulement à des peines correctionnelles [932]. Statistiquement la probabilité d'être un criminel parce qu'on avait été placé en détention préventive pour crime était minoritaire. En renforçant le contrôle juridictionnel sur la mesure de placement et de prolongation de la détention provisoire, la loi a aussi renforcé la décision portant sur la détention provisoire dans sa dimension de « *préjugement* ». Etre toujours en prison, alors que la question de la détention a été scrupuleusement étudiée à plusieurs reprises, est plus stigmatisant que se présenter pour la première fois à un débat contradictoire. Plus le principe d'audiences contradictoires sur la détention au cours de l'instruction existe, plus les décisions qui y sont prises influencent l'issue du procès relativement à la culpabilité. Elles deviennent donc de plus en plus déterminante, au point que la question de leur publicité finisse naturellement pas se poser.

Par ailleurs, dans l'esprit du public, donc des jurés, la forme est parfois aussi importante que le fond. Pendant des siècles, en France, la culpabilité s'est concrétisée par l'exécution de la peine. La prison, fût elle infligée sous le régime de la détention provisoire, représente donc la culpabilité, ou au moins une forte présomption de celle-ci. Ainsi le veut l'esprit national, que n'a pas trahi à l'occasion celui qui était alors le premier des Français. Interrogé lors d'une réunion à Sainte-Lucie-de-Tallano, en Corse-du-Sud, sur l'adjectif « *assassin* » qu'il avait utilisé pour désigner M. Yvan Collona, pas encore jugé dans l'affaire de l'assassinat du préfet Erignac, M. Nicolas Sarkozy avait réitéré ses propos, en expliquant : « *Sinon, je ne pense pas qu'on l'aurait gardé en prison* »[933].

La détention provisoire est aussi un moyen de pression permettant d'obtenir l'aveu, « *reine des preuves* », qui pèse d'un poids considérable au moment de la phase décisoire.

Une pression dans la nature même du principe inquisitoire. L'aveu, passé par le prévenu dans son interrogatoire, fait partie des éléments sur lesquels les magistrats vont s'appuyer, selon leur intime conviction, pour forger leur conviction sur le fond, même si ils ont l'obligation jurisprudentielle[934] et légale[935] de ne pas s'en contenter. La manière dont cet aveu

---

[932] CARETTE A., GILBERT P, *Lois annotés*, Paris, Administration du recueil général des lois et des arrêts, 1861, p. 100

[933] Dépêche *AFP*, 3 juin 2009.

[934] Cass. crim., 23 septembre 1847, Bull ; crim. 1847, n° 293.- Cass. crim., 29 novembre 1851, Bull. crim. 1851, n° 301.

[935] Art. préliminaire, III, dernier alinéa, du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 : « *En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ».

est recueilli est donc déterminante pour l'issue de la procédure relativement à la question de la culpabilité.

Le fait que la privation de liberté soit un moyen de pression pour obtenir l'aveu d'une personne soupçonnée d'une infraction se trouve dans la nature même du principe inquisitoire. Là encore, nous prenons le mot « *principe* » au sens de « *commencement* », et nous tournons vers la manière dont les premiers inquisiteurs envisageaient cette privation de liberté. Le Dominicain Nicolas Eymeric[936], par exemple, expliquait au XIVe siècle, alors qu'il était Inquisiteur Général d'Aragon : « *Il faut* […] *examiner les témoins avec le plus grand soin, donner du temps à l'accusé pour qu'il se détermine à avouer ; et employer les meilleurs moyens pour obtenir cet aveu ; par exemple, il faudra le tenir dans un cachot incommode, les fers aux pieds et aux mains, et là l'exhorter souvent à confesser son crime. S'il avoue, on le traitera comme l'hérétique pénitent* […] *s'il s'obstine à nier, il sera livré à la justice séculière, et traité comme l'hérétique impénitent.* »[937]

Le Code de 1808 : le rétablissement des usages inquisitoires. Le manuel des inquisiteurs d'Eymeric conseillait de faire varier le volume de nourriture selon la bonne volonté des personnes interrogées. Si celles-ci étaient conciliantes « *on* [pouvait] *se relâcher envers* [elles] *sur la nourriture au pain et à l'eau* »[938]. Il mettait tout de même en garde les inquisiteurs de prendre bien soin de garder le sujet en vie[939]. La mise au secret la plus stricte devait être observée : « *il faut les garder en prison, et ne leur laisser aucune communication avec les personnes faibles dans la Foi, qu'ils pourraient infecter, et surtout avec les femmes, qui se laissent séduire plus facilement.* »[940]. Eymeric soutenait que pour obtenir l'aveu, c'est-à-dire la confession, « *les incommodités de la prison suffisent souvent* »[941], à condition bien sûr d'atteindre une certaine intensité.

Ces propos sont à comparer avec la description que Bérenger fait, en 1818, de la mise au secret sous l'empire du Code d'instruction criminelle : « *le besoin d'obtenir des aveux dans certaines causes, a fait imaginer un nouveau genre de torture auquel le plus ferme courage ne*

---

[936] Vers 1320-1399.

[937] EYMERIC Nicolas, *Le manuel des inquisiteurs à l'usage des inquisiteurs d'Espagne et du Portugal*, Lisbonne, 1762, pp. 149-150. L'édition originale a été rédigée en latin au milieu du XIVe siècle sous le titre *Directorium Inquisitorum*. Ce livre fut un des premiers imprimés en Espagne en 1503. Le Vatican fera republier à plusieurs reprises ce manuel jusqu'au XVIIe siècle.

[938] EYMERIC Nicolas, *Le manuel des inquisiteurs à l'usage des inquisitions d'Espagne et de Portugal*, Lisbonne, 1762, p. 128.

[939] *Ibid.*, p. 131.

[940] *Ibid.*, p. 129.

[941] *Ibid.*, p. 79.

peut résister longtemps. Je veux parler du secret : et je ne crains pas de prendre sur moi toute la responsabilité des faits que je vais rapporter. La plupart ont été racontés dans nos audiences publiques, ils n'ont point été démentis […] *L'homme soumis à ce genre de torture est ordinairement jeté dans un cachot étroit, qui le plus souvent est humide, pavé en pierres, et dont l'air ne se renouvelle qu'avec difficulté. Ce cachot ne reçoit un faible rayon de lumière, qu'au moyen d'un soufflet de bois adapté à une fenêtre grillée. On y place pout tout meuble, un méchant garde-paille ; on n'y souffre nulle table, nulle chaise, en sorte que le prisonnier est obligé d'être constamment ou couché ou debout* […] *Un baquet placé auprès de lui sert au soulagement des besoins de la nature, et contribue par l'odeur infecte qu'il exhale, à rendre ce séjour insupportable* […] *Du pain, souvent en petite quantité, est toute la nourriture de ce malheureux, et il n'est pas rare que dans certaines occasions, on oublie à dessein de la lui donner, afin de diminuer ses forces* […] *Tel y a été laissé pendant cinq cent cinquante-deux jours, tel autre pendant trois cent soixante-douze, tel autre pendant cent un. Après ce traitement, ce n'est plus un homme qu'on rend à la lumière, c'est un spectre, c'est un cadavre, qui a souvent perdu jusqu'à la sensation de la douleur* »[942].

Dupin décrit les mêmes situations, et renvoie d'ailleurs sur ce point à l'ouvrage de Bérenger[943] : « *Qu'est-ce donc* […] *que cette torture morale si cruellement substituée à la torture physique qui a disparu de notre législation ? Une pareille peine, non autorisée par les lois, fondée seulement sur l'usage de quelques hommes endurcis aux poursuites criminelles, peut-elle donc être tolérée ? depuis quand la pratique d'un abus serait-elle devenue un droit ?* […] *Hélas ! qu'il est douloureux de voir les organes des lois se constituer en cette occasion les défenseurs de l'arbitraire !* »[944]

Dans le manuel qui accompagna des générations de juges d'instruction au XIXe siècle, Duverger écrivait, dans un passage resté fameux : « *L'interrogatoire, pour un magistrat habile, c'est la moitié de l'instruction : c'est plus encore avec le secret, qui est le levier le plus puissant pour enlever un aveu, toujours désirable, parce qu'il est toujours profitable et le meilleur couronnement de toute procédure. Le secret est un expédient toujours irrésistible : il suppléerait, au besoin, à l'insuffisance même du juge d'instruction.* »[945]

En 1875, Jules Favre, proposait, déjà, de dissocier les fonctions de juge d'instruction et de juge de la détention, en écrivant, à propos de la détention préventive : « *Vainement le législateur s'est-il efforcé d'en rendre l'emploi plus sage et les effets moins terribles. Elle*

---

[942] BERENGER, *De la justice criminelle en France*, Paris, L'Huillier, 1818, p 389-392
[943] DUPIN, *Observations sur notre législation criminelle*, Paris, Baudouin, 1821, p. 72.
[944] *Ibid.*, pp. 73 et 76.
[945] DUVERGER François, *Manuel des juges d'instruction*, Poitiers, Imprimerie de Poitiers, 1862, n° 447.

demeure le moyen usuel de s'assurer de la personne de l'inculpé, trop souvent de lui arracher par l'intimidation et la souffrance une confession contre laquelle il protestera vainement plus tard.»[946]

Les critiques de la Commission Outreau. Cette critique a été clairement articulée dans le rapport parlementaire concernant l'affaire dite d'Outreau[947], les membres de la Commission relevant au sujet des faits soumis à leur analyse que « [l]*e maintien en détention semble avoir été utilisé comme un moyen de pression pour obtenir des aveux plutôt que comme une véritable mesure de sûreté au sens du 2° de l'article 144 du code de procédure pénale.* »[948] La Commission parlementaire Outreau a, pour ce qui concerne la détention provisoire dans cette affaire, fait émerger de ses travaux ce qui lui est apparu paradoxal, mais ne l'est pas si on considère la nature profonde du procédé inquisitoire : avouer un crime peut permettre de recouvrer sa liberté, proclamer son innocence conduit en prison. Certaines personnes acquittées dans l'affaire d'Outreau ont même déclaré que ce lien de causalité leur avait été, au moins, suggéré[949] pour les inciter à l'aveu. L'étude des actes de procédure montre que les placements et maintien en détention étaient présentés, au sens de l'article 144-2 du Code de procédure pénale, comme « *l'unique moyen* » de « *garantir* [le] *maintien* [de la personne mise en examen] *à la disposition de la justice* ». C'est en réalité le risque de fuite qu'incite à soupeser ce texte. Or, il est remarquable dans cette affaire de constater le lien direct et assumé, établi au fil des ordonnances du juge de la liberté et de la détention[950], entre le risque de fuite, dont l'évocation formelle permet de fonder légalement une décision de maintien en détention,

---

[946] FAVRE Jules, « *De la mise en détention des inculpés* », *Le Droit* du 14 juin 1875. Cité par Pierre Antoine Perrod dans « *Jules Favre, avocat de la liberté* », La Manufacture, 1988, p. 487.

[947] VALLINI André, HOUILLON Philippe, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, douzième législature, document n° 3125, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, 628 p.

[948] Rapport Outreau, p. 253.

[949] Lors de son audition publique devant la Commission le 18 janvier 2006, c'est M. Pierre Legrand fils, qui a le plus clairement exprimé ce paradoxe en expliquant qu'il avait avoué les faits qu'on lui présentait et en avait même inventé d'autres pour sortir de prison : « *Certains acquittés ont indiqué, lors de leur audition par la commission d'enquête, que l'exemple d'Aurélie Grenon avait été cité pour les inciter à avouer, leur laissant espérer ainsi une remise en liberté. M. Daniel Legrand fils a clairement déclaré que cette situation paradoxale était l'une des causes de son affabulation sur le meurtre de la petite fille belge. Ayant un âge voisin, il n'a pas pu manquer de comparer sa situation à la sienne. De plus, comme elle, il n'avait jamais été condamné. Il n'avait jamais habité dans le quartier de la Tour du Renard et n'aurait donc pas été en contact avec les résidents du quartier en retournant chez lui. La seule différence réelle entre sa situation et celle d'Aurélie Grenon tenait donc effectivement, au départ, au fait qu'il niait toute implication dans des actes de pédophilie* ». Rapport Outreau, pp. 252 et 253.

[950] Le même juge des libertés et de la détention a rendu la quasi totalité des décisions concernant les 163 demandes de mises en liberté présentées au cours de l'information. Inspection Générale des Services Judiciaires, Rapport 09-06, mai 2006, *Conditions du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau* », p. 25.

et le refus de passer aux aveux. Ce refus d'avouer est évoqué dans ces décisions par l'expression « *le système de défense adopté* »[951]. Il est noter que le juge a associé cette absence d'aveu à « *la gravité de la peine encourue* » pour motiver ses ordonnances de maintien en détention, alors que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé la seule évocation de la gravité de la peine encourue insuffisante pour fonder une telle décision[952]. La commission parlementaire note donc logiquement que « *le risque de soustraction à la justice a été bien souvent déduit du seul refus d'avouer les faits reprochés* »[953], ce refus d'avouer devenant dès lors l'élément déterminant – « *pertinent* » dirait la Cour EDH – justifiant le maintien en maison d'arrêt. Dans le même raisonnement pris *a contrario*, une décision de la chambre de l'instruction du 12 septembre 2001, ordonnant la libération d'une jeune femme jusque là placée en détention provisoire, débute ainsi : « *Attendu que Mlle Grenon a reconnu la matérialité des faits...* »[954]

Voulant corriger les excès qu'il discernait depuis plusieurs législatures et que l'affaire d'Outreau est venue lui confirmer, le législateur a retrouvé cette ancienne idée de la publicité comme protection contre la contrainte abusive, c'est-à-dire contre l'arbitraire. Cette idée bouleverse l'économie de la procédure, puisque dans cette logique la garantie ne s'exerce plus à raison du moment procédural, dans une logique formelle, générale et abstraite, mais par la prise en compte de l'intensité possible de l'atteinte aux libertés de la personne en cause, par la réalité même de cette atteinte envisagée à partir de l'intérêt de la personne poursuivie, c'est-à-dire dans une logique matérielle.

---

[951] « *Attendu que le système de défense qu'il a adopté et la sévérité de la peine encourue sont de nature à l'inciter à se soustraire à l'action de la justice et que face à ce risque, ses garanties de représentation sont manifestement insuffisantes* », Ordonnance du juge des libertés et de la détention du 4 juin 2002 rejetant une demande de mise en liberté concernant M. François Mourmand, qui mourra en prison; « [Qu]*e la sévérité de la peine encourue et le système de défense adopté par l'intéressé sont de nature à faire craindre qu'il ne tente de se soustraire à l'action de la justice* », Ordonnance du juge des libertés et de la détention du 7 août rejetant une demande de mise en liberté concernant M. Daniel Legrand ; « *que par ailleurs, au regard du système de défense qu'elle a adopté et de la sévérité de la peine encourue le risque de fuite n'est pas à exclure alors qu'il est essentiel de maintenir l'intéressée à la disposition du magistrat instructeur* » Ordonnance du juge des libertés et de la détention du 24 juillet 2002 rejetant une demande de mise en liberté concernant Mme Roselyne Godard. Rapport Outreau, pp. 253-254.

[952] Cour EDH, 26 juin 1991, *Letellier c. France* [Chambre], Req. n° 12369/86, § 44 : « *La Cour rappelle que pareil danger* [de fuite] *ne peut s'apprécier uniquement sur la base de la gravité de la peine encourue ; il doit s'analyser en fonction d'un ensemble d'éléments supplémentaires pertinents* ».

[953] Rapport parlementaire, *op. cit.*, p. 252.

[954] *Idem.*

B. La publicité comme moyen de protection de la liberté et de l'intégrité physique

La privation de liberté, antichambre des mauvais traitements. La recherche de l'aveu peut donc mener à des comportements ne respectant pas les droits individuels fondamentaux. L'association d'une procédure pénale donnant une place importante à l'aveu dans le régime des preuves et un système de promotion des fonctionnaires fondés sur les résultats obtenus en matière d'élucidation des affaires qui leur sont soumises, crée un contexte extrêmement propice à l'apparition de mauvais traitements. Le Comité des Nations unies contre la torture note ainsi, au sujet de la Fédération de Russie : « *Les pressions en vue de présenter de bonnes statistiques expliquent largement l'accent placé sur l'obtention d'aveux, qu'ils soient ou pas extorqués sous la violence physique.* »[955] Cette pression peut être constituée par la simple privation de liberté, notamment lorsque les conditions de détention sont pénibles. Ainsi, le même Comité a-t-il pu écrire, au sujet de certaines procédures anglaises : « *il est incontestable qu'un séjour dans un centre de détention peut – parfois à dessein – constituer une expérience des plus désagréables. Les conditions matérielles de la détention sont mauvaises* […] *et des restrictions importantes placées (ou susceptibles d'être placées) sur l'exercice de certains droits fondamentaux des personnes détenues par la police (en particulier, les possibilités de contact avec le monde extérieur sont sévèrement limitées pendant toute la période de détention, tandis que le droit d'accès peut être frappé de diverses restrictions). A cela, il convient d'ajouter le caractère intensif et parfois prolongé du processus d'interrogation. L'effet cumulé de ces facteurs est de soumettre les personnes détenues* […] *à une pression psychologique considérable. Le CPT tient à déclarer, à ce propos, qu'imposer à un détenu une pression telle qu'elle brise la volonté de l'intéressé s'apparente, à son avis, à un traitement inhumain.* »[956]

Le législateur, révolutionnaire et contemporain, s'est donc saisi, *per se*, de la question de la privation de la liberté dans un raisonnement qui a été déterminant pour l'établissement de la publicité des audiences en matière de procédure pénale. Dès lors, le principe de la publicité doit être envisagé non seulement procédurale, c'est-à-dire ici pour ce qui concerne l'issue de

[955] Conclusions du Comité des Nations unies contre la torture relatives à la Fédération de Russie : ON.U., Doc. CAT/C/CR/28/4 du 28 mai 2002.

[956] O.N.U., CPT/Ing(94)17, § 109. – Ce document est en anglais. La traduction rapportée se trouve dans MURDOCH Jim, Le *traitement des détenus : critères européens*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, note n° 138, p 203.

la procédure, mais aussi matérielle, c'est-à-dire comme une protection immédiate du corps de la personne détenue aussi bien pour ce qui concerne sa liberté que son intégrité.

Le principe de la publicité, voté dans l'urgence en 1789. La similitude des propos tenus par Pierre-Henri Teitgen, en 1947 à Strasbourg, et par Bon Briois de Beaumetz, en 1789 à Paris, est frappante. Pour l'un et pour l'autre, il s'agit moins de théoriser la publicité comme un élément abstrait d'un plan général de procédure que d'en réclamer l'administration rapide, comme on parlerait d'un antidote ou d'une substance physique. C'est clairement une décision d'urgence que réclamait Beaumetz à l'Assemblée nationale, sans attendre la réforme pourtant annoncée de la procédure criminelle[957]. A la fin de l'été 1789, sous l'impulsion de Brissot, la municipalité parisienne avait créé une police politique, composée de militants sectionnaires, chargée de réprimer le « *crime de lèse-Nation* », une infraction totalement dépourvue d'existence légale[958]. Il s'agissait moins, pour les sections révolutionnaires parisiennes, de changer de système pénal que de montrer que le pouvoir politique avait changé de mains : la justice pénale ne servait plus alors à venger l'atteinte à l'autorité du roi, par le crime de « *lèse-majesté* », mais à venger, au nom d'un crime de « *lèse-Nation* », celle portée à l'autorité du nouveau pouvoir souverain, la nation, incarnée par le bras vengeur et autoproclamé de la rue. Si les Révolutionnaires n'avaient trouvé que sept prisonniers le 14 juillet 1789 en prenant la Bastille, les prisons parisiennes, et celles de province, étaient pleines en septembre suivant[959]. Dès le 22 juillet 1789, un arrêté des électeurs de Paris avait ordonné que « *toutes personnes arrêtées sur le soupçon de crime de lèse-Nation seront conduites à la prison de l'abbaye Saint-Germain*. »[960] Dès la deuxième moitié du mois de juillet 1789, des députés de la noblesse ou du clergé qui revenaient vers leurs électeurs étaient arrêtés et emprisonnés[961].

---

[957] « *Mais tandis qu'une sage lenteur diffère une régénération plus ou moins absolue, vous ne pouviez laisser dans le code existant des taches qui révoltent l'humanité. Vous avez voulu qu'elles disparussent sur le champ* […] *vous avez voulu que ces changements fussent subits, que leur exécution fût soudaine* […] *qu'ils pussent se pratiquer par les tribunaux qui subsistent ; que, sans délai, sans préliminaires, ce bienfait fût dès à présent mis à la portée de ceux qui doivent le distribuer jusque dans les juridictions les plus subdivisées* ». Assemblée nationale, séance du 29 septembre 1789 au soir, Gaz. nat., n° 65, du 29 au 30 septembre 1789.

[958] Sur cet épisode de la Révolution française : MARTUCCI Roberto, « Quatre-vingt neuf ou l'ambiguïté. Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789-1791) », in ROBERT Philippe (Ed.), *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire. Deux siècles de débats*, Paris, L'Harmattan, 1992, pp. 41-60.

[959] MARTUCCI Roberto, *En attendant Le Peletier de Saint-Fargeau : la règle pénale au début de la Révolution, Annales historiques de la Révolution française*, vol. 328, 2002, pp. 77 à 104.

[960] Assemblée nationale, Constituante, séance du 23 juillet 1789 au matin, *Gazette nationale ou le Moniteur universel (Gaz. nat.)* , n° 23, 24 juillet 1789.

[961] L'Abbé Calonne, député suppléant du clergé de Melun aux Etats-Généraux (qui circulait sous un faux nom) à Nogent-sur-Seine. L'Abbé Maury, député, à Péronne. Dans les deux cas, l'Assemblée nationale ordonne leur remise en liberté. Assemblée nationale, séance du 27 juillet 1789, *Gaz. nat*, n° 25, du 25 au 27 juillet 1789. Le député Dampierre, à Moret. Assemblée nationale, séance du 1er août 1789, *Gaz. nat*., n° 32, du 1er au 3 août 1789.

L'agitation populaire se nourrissait de la rumeur. L'une débordait tandis que l'autre enflait. Ces excès inquiétaient la partie la plus modérée de l'Assemblée, dont Adrien Duport[962] était l'un des principaux représentants.

L'idée d'une amnistie générale pour ces prisonniers retenus sans accusation, en violation manifeste de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui venait tout juste d'être adoptée, flottait dans les couloirs de l'Assemblée nationale. Craignant cette décision, la municipalité de Paris prit l'initiative[963], et demanda formellement aux représentants de la nation, le 10 septembre 1789, « *que les prisonniers qui ont été arrêtés dans les derniers troubles seront jugés d'après les nouvelles formes criminelles que la nation désire. Ainsi la commune demande, par cet arrêté, qu'il soit donné un conseil aux accusés ; la publicité de l'instruction ; qu'elle soit faite à charge et à décharge ; enfin l'on demande qu'ils ne puissent être condamnés que par les deux tiers des voix* »[964].

Duport insista pour que ces mesures soient prises le plus rapidement possible, quitte à ne s'appliquer qu'à la seule ville de Paris[965]. La Constituante ne fut pas d'accord. Les lois de la nation devaient être générales et s'appliquer à tout le royaume. La discussion se termina par la décision de modifier dans l'urgence l'ordonnance criminelle de 1670, et d'établir à cette fin un « *Comité de sept personnes chargées de quelques réformes dans l'Ordonnance criminelle* »[966]. Ce comité de « *Jurisprudence de l'Assemblée constituante* », voulu comme technique et provisoire, fut élu par les bureaux de l'Assemblée nationale le 14 septembre 1789[967] et comportait trois magistrats issus des Parlements[968], trois avocats[969], et un membre que nous qualifierions aujourd'hui de « *représentant de la société civile* », dont le nom symbolisait surtout à lui seul les erreurs et les abus judiciaires de l'Ancien régime[970].

Le député Cazalès, arrêtée « *par une jeunesse inconsidérée* », puis détenu dans une auberge de Caussade. Assemblée nationale, séance du 17 août 1789, *Gaz. nat*., 18 août 1789.

[962] Proche de Bergasse et Brissot, conseiller au Parlement de Paris, Adrien Duport est le fondateur du Parti des nationaux qui accueillit, avant 1789, Condorcet, Seyès et La Fayette. Il est l'artisan du décret du 27 septembre 1791 qui fit des Juifs de France des citoyens français. Farouche opposant de tout absolutisme, il devra la vie à l'intervention de Danton en 1792 et quittera la France pour se réfugier en Angleterre et en Suisse. Il y mourra dans le plus grand dénuement en 1798.

[963] MARTUCCI Roberto, *En attendant Le Peletier de Saint Fargeau*, préc., p. 95.

[964] Assemblée nationale, séance du 10 septembre 1789 au soir, *Gaz. nat.*,, n° 55, du 8 au 12 septembre 1789.

[965] Même séance.

[966] Assemblée nationale, séance du 10 septembre 1789. Procès-verbal de l'Assemblée nationale, Du jeudi 10 septembre [1789], au soir, n° 71, Paris, Beaudoin, 1789, p. 10.

[967] Assemblée nationale, séance du 14 septembre 1789. Procès-verbal de l'Assemblée nationale, Du lundi 14 septembre [1789], au soir, n° 74, Paris, Beaudoin, p. 8.

[968] Beaumetz, Le Berthon, Fréteau.

[969] Target, Thouret, Tronchet.

[970] Il s'agissait du comte Trophyme-Gérard de Lally-Tolendal, dont le père, Thomas-Arthur de Lally, ancien général et gouverneur des Indes françaises, avait été jugé et exécuté en 1766, avant d'être réhabilité en 1778 à la suite d'une campagne menée par Voltaire. A ce sujet : MARTUCCI Roberto, *En attendant Le Peletier*…, op. cit., p. 87.

Une mesure votée particulièrement pour l'instruction. Bon Briois de Beaumetz obtint la décision de rendre publique les audiences pénales. Cette publicité ne valait pas seulement pour la phase décisoire, mais aussi, et particulièrement, pour l'instruction. C'était d'ailleurs tout l'enjeu de son intervention du 29 septembre 1789. Le comte de Beaumetz monta à la tribune, ce jour là, pour que toute la procédure, instruction comprise, devinsse publique.

En septembre 1789, le détenu le plus célèbre de France était le général de Bezenval, proche de Louis XVI, qui était enfermé depuis fin juillet sans qu'aucun début d'accusation n'ait été formulé contre lui. Beaumetz ne prononça pas le nom de Bezenval devant l'Assemblée nationale, mais tout le monde l'entendit : « *La ville de Paris, théâtre principal d'une mémorable révolution, n'a pu échapper aux désordres qui en sont inséparables : un grand nombre de citoyens s'y trouvent chargés des accusations les plus graves ; les soupçons, fruits de la fermentation publique, augmentent et entretiennent à leur tour cette fermentation.* […] *Jamais il ne fut plus nécessaire d'armer les accusés de tout ce qui peut rendre l'innocence évidente, dissiper les préjugés, éteindre les suspicions ; et lorsque tout un peuple agité est prêt à se joindre aux accusateurs, le citoyen dans les fers, seul avec sa conscience, ne pourra-t-il invoquer les lumières d'un conseil, la voix d'un défenseur.* »[971]

L'affaire Bezenval échauffa l'Assemblée nationale, la rue et l'opinion pendant plusieurs mois, et ce fut souvent à l'aune de cette seule procédure que les positions publiques se prirent relativement à la question de la publicité judiciaire. Ainsi, c'est pour dire tout son ressentiment après une décision judiciaire favorable au général[972] que la *Société des amis de la Révolution* proclama qu'il était *« certain que les formes provisoirement décrétées par l'Assemblée nationale pour les jugements criminels rend*[aien]*t très difficile la conviction des crimes, hors le cas de flagrant délit* » et offraient « *peut-être trop de chance aux coupables pour se soustraire au glaive de la loi.* »[973] La preuve ? La décision rendue dans l'affaire du baron de Bezenval, où « *la nécessité de prémunir l'accusé contre la partialité du juge et les préventions du peuple, obligèrent de sacrifier à des considérations d'humanité la sûreté de la vindicte publique* »[974]. *A contrario*, peut-on lire sous la plume de l'avocat Desèze et du procureur de Bruges : « *Le public a entendu la déposition de tous les témoins. Toutes les*

[971] Assemblée nationale, séance du 29 juillet 1789, préc.
[972] Qui a été poursuivi à partir du 19 novembre 1789, sur demande de l'Assemblée nationale, du crime de lèse-nation (l'accusation n'a été formée sur ce chef que le 18 novembre, alors que le général était en prison depuis plusieurs mois). A cette occasion le Châtelet de Paris siégea, pour une des premières fois au criminel – si ce n'est la première fois –, en audience publique.
[973] *Arrêté de la société des amis de la Révolution*, Gaz. nat. n° 33, 10 novembre 1789, t. 2 (mai 1789-novembre 1789), p. 173.
[974] *Idem.*

pièces lui ont été lues. Tous les interrogatoires du baron de Bezenval ont été subis devant lui. Il connaît maintenant ce procès comme la justice […] *Ah ! rendons bien grâces à l'Assemblée nationale de ce beau présent qu'elle a fait à la législation française. Que de reconnaissance lui est due pour ce seul bienfait ! Que d'innocents elle a sauvés d'avance par ce magnifique décret ! Si la procédure du baron de Bezenval eût été secrète, n'en doutons pas, ce malheureux accusé serait encore sous le joug des inculpations les plus atroces, malgré son innocence même démontrée, et les magistrats auraient eu besoin de courage pour être justes envers lui.* »[975]

Le principe de la publicité judiciaire bénéficia également de circonstances politiques favorables, en devenant en quelques semaines, à l'occasion de l'affaire dite *de Marseille*, un enjeu pour l'Assemblée nationale. La réforme de l'Ordonnance de 1670 avait parfois été mal accueillie, comme le tonnait Mirabeau à la tribune de l'Assemblée nationale, le 5 novembre 1789, au sujet de Marseille[976], où la prévôté continuait de procéder selon l'ancienne manière, c'est-à-dire en secret. Les représentants de l'Alsace et de la Champagne confirmèrent que des juges de leur province n'appliquaient pas les nouvelles mesures, tandis qu'un autre député rapportait le refus du Parlement de Besançon d'enregistrer le décret réformant la procédure criminelle. Hors de Paris, l'Assemblée nationale devait imposer la publicité de leurs audiences aux juges. Le Chapelier fit donc voter, séance tenante, un décret constitutionnel qui prévoyait que « *toutes cours* […], *tribunaux* […] *qui n'auront pas inscrit sur leurs registres, dans les trois jours, et publiés sous huitaine après leur réception, les lois faites par les représentants de la nation* […] *seront poursuivis comme prévaricateurs et coupables de forfaiture*. »[977] Si la publicité permettait à l'aristocrate Bezenval de prouver publiquement son innocence[978] malgré la pression de la rue parisienne, elle était aussi réclamée au profit des citoyens Rebecqui, Granet et Pascal, en geôle à Marseille, par les effets de l'ancienne procédure et le conservatisme de magistrats de l'Ancien régime. Mirabeau répandit son courroux sur les bancs de l'Assemblée : « *L'intérêt des accusés serait suffisamment rempli par la publicité de la procédure. Eux-mêmes ne demandent rien de plus ; qu'ils aient des*

---

[975] DESEZE et DE BRUGES, *Observations pour le bazon de Bezenval, sur le rapport fait au comité des recherches des représentants de la commune, par M. Garran de Coulon*, Gaz. nat, n° 4, 4 janvier 1790.

[976] Assemblée nationale, séance du 5 novembre 1789, *Gaz. nat*., n° 85, 6 novembre 1789. La résistance aux décrets de l'Assemblée nationale dura encore un peu à Marseille. En mars 1790, on retrouve le prévôt de Marseille, de Bournissac, menacé du Châtelet pour ne pas avoir substitué la procédure nouvelle à l'ancienne. Assemblée nationale, séance du 10 mars 1790 au matin, *Gaz. nat*, n° 70, 11 mars 1790.

[977] Même séance.

[978] Le n° 109 de la Gazette nationale, à la date, du 9 décembre 1789 indique sous la rubrique « *Châtelet* » et concernant l'affaire Bezenval : « *Ainsi, les dix premières dépositions ne prouvent encore rien contre les accusés* ».

juges suspects, prévaricateurs, ennemis, peu leur importe. La publicité de la procédure est le seul moyen de défense qu'ils réclament […] *et l'on ne redouble d'efforts pour empêcher la publicité de la procédure, que parce qu'on sait bien que les rôles vont changer* […] *Est-ce que le prévôt ne sait pas que vos décrets sont des lois ? Est-il besoin de lui apprendre encore ? Peut-il ignorer que votre décret du 5 novembre, quoique général pour tout le royaume, a été spécialement rendu pour la ville de Marseille et pour lui ?* […] *si la modération est une vertu, l'exécution des lois est une dette et une justice. Si vous autorisez une seule infraction formelle à vos décrets, cette prévarication trouvera bientôt des imitateurs* […] *Le prévôt de Marseille ne doit pas seulement être dépouillé de la procédure, il doit être jugé lui-même.* »[979] Pour Mirabeau, le principe de l'*habeas corpus* devait se conjuguer avec la responsabilité des agents publics, juges y compris : « *Jusqu'en 1705, il existait une loi salutaire, que tout détenu devait être interrogé dans les vingt-quatre-heures de sa détention. En 1705, elle a été abolie, détruite. Un monceau de lettre-de-cachet a précipité une foule de citoyens dans les cachots de la Bastille. Je le répète ; notre liberté exige la responsabilité de toute la hiérarchie des mandataires. Tout subalterne est responsable, et vous ne serez jamais que des esclaves si, depuis le premier visir jusqu'au dernier sbire, la responsabilité n'est pas établie […] En un mot, la force publique sera soumise à des formes déterminées par la loi ; il n'y a aucune espèce d'inconvénient à cela, sinon la nécessité d'avoir désormais des lois claires et précises, et c'est là un argument de plus en faveur du dogme de la responsabilité.* »[980]

La publicité de la procédure générée par la privation de liberté. Pour Beaumetz, la publicité de la procédure devait apparaître en même temps que la privation de la liberté : « *Dès l'instant où, par le décret, la loi a désigné l'accusé et saisi sa personne, elle est dispensée de garder avec lui un mystère affligeant. Tout ce qui a été fait doit lui être communiqué ; tout ce qui sera fait, le sera publiquement ; son interrogatoire, cette partie essentielle pour sa défense, si formidable pour sa conviction, n'a rien qui doive être soustrait au regard du public. Cette épreuve importante n'aura aucun des caractères de la surprise, et aura tous ceux de la vérité ; elle sera précédée de la connaissance de toutes les charges et de la connaissance de toutes les pièces ; elles seront connues de l'accusé qui répond, comme elles le sont du magistrat qui interroge ; et celui-ci n'aura plus la douleur de voir un homme innocent, mais effrayé, hésiter, balbutier, des réponses incertaines dont il redoute les*

[979] Assemblée nationale, séance du 8 décembre 1789, *Gaz. nat.* n° 109, 9 décembre 1789. Le prévôt de Marseille, Pierre de Bournissac, tentant d'échapper à son jugement au Châtelet fera acte d'allégeance en mars 1790, évoquant un malentendu : Assemblée nationale, séance du 10 mars 1790 au matin, Gaz. nat. n° 70, 11 mars 1790.
[980] Assemblée nationale, séance du 21 août 1789, préc.

conséquences, parce qu'il les ignore, et s'accuser faussement lui-même, en substituant le mensonge à la vérité »[981].

Là encore, la Révolution marqua une rupture, puisque la Constitution de 1791 introduisit en France, le principe anglais selon lequel c'était la liberté qui devait être la règle[982] ; la privation de liberté l'exception. L'application de cette dernière n'était cependant pas absolue, puisque les dispositions constitutionnelles ne concernaient par les crimes et que le niveau des cautions pécuniaires demandées par les juridictions réduisait considérablement l'effectivité de la mesure[983]. Le Code des délits et des peines de 1795 resta dans la même logique, qui fut balayée par la législation napoléonienne.

1808 : le retour aux principes de l'Ordonnance de 1670. Le Code d'instruction criminelle signa le retour de la privation de liberté comme principe pendant la phase d'instruction. S'il est une différence fondamentale qui sépare le système anglo-saxon duquel les révolutionnaires ont voulu s'inspirer, de celui posé par le Code d'instruction criminelle, c'est bien le rapport à la liberté individuelle. Pour le premier, il s'agit d'un droit pour l'inculpé ; pour le second, d'une faveur soumis à la conscience – ou à l'arbitraire – du juge.

Les racines de cette divergence de principe sont anciennes : la *Magna Carta* chez les Anglais, l'ordonnance royale de 1539, ce ce côté-ci de la Manche. L'esprit du droit d'Ancien régime a été résumé par le conseiller Pussort lors des discussions préparatoires de l'ordonnance de 1670 : « *il y* [a] *beaucoup plus d'inconvénient d'élargir légèrement, et avec trop de précipitation un accusé, que de le retenir dans les prisons un peu plus de temps qu'il n'y devait être.* »[984] Ce principe, déjà posé par l'Ordonnance de 1539, a été réaffirmé avec force à l'article V du titre XXIX de l'Ordonnance criminelle de 1670, qui interdisait de remettre en liberté un accusé tant qu'une instruction était en cours. Jousse, cependant, commentait ce texte en signalant qu'une libération sous caution pécuniaire ou juratoire pouvait tout de même être envisagée pour les affaires ne relevant pas de la procédure extraordinaire[985].

---

[981] *Idem*.

[982] Constitution de 1791, Chap. V, Tit. III, art. 12 : « *Nul homme arrêté ne peut être retenu sil donne caution suffisante, dans tous les cas où la loi permet de rester libre sous cautionnement* ».

[983] MORIZOT-TIBAULT Charles, *De l'instruction préparatoire (étude critique du Code d'instruction criminelle)*, Paris, *LGDJ*, 1906, p. 255.

[984] *Procez verbal des conférences tenues par ordre du roi, entre Messieurs les Commissaires du Conseil, et Messieurs les Députés du Parlement de Paris, pour l'examen des articles de l'Ordonnance civile du mois d'avril, 1667 et de l'Ordonnance criminelle du mois d'août, 1670*, 2e éd., Louvain, Claude de Montauban, 1700, p 145.

[985] JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 2, Paris, Debure, 1771, pp. 569-573.

Une liberté abandonnée à l'appréciation du seul juge. La législation napoléonienne revint, dans son principe, aux dispositions d'Ancien régime, même si sa forme laissa subsister la possibilité d'élargir sous caution. Le Code de 1808 écartait toute possibilité de remise en liberté de personnes soupçonnées d'infractions punies de peines afflictives ou infamantes[986], ce qui n'était rien d'autre que l'exact retour aux principes des ordonnances de 1539 et 1670. Le Code interdisait, par ailleurs, toute mesure de liberté provisoire en matière correctionnelle pour les récidivistes et les vagabonds. Reprenant le principe de l'inquisitoire pour la phase d'instruction, le Code d'instruction criminelle rétablissait dans le même temps l'arbitraire du juge pour la question de la privation de liberté. Dès lors qu'une personne se trouvait inculpée, même d'une infraction légère, le Code ne prévoyait plus, pour elle, aucune disposition protectrice, abandonnant tout entière sa liberté à la seule opinion du juge. La liberté cessait d'être un droit, pour redevenir une faveur.

Il faudra longtemps pour voir se produire, à nouveau, une rupture avec l'esprit de l'Ordonnance de 1670, qui se concrétisera par le rétablissement du principe du contradictoire et de la publicité des audiences pendant la phase d'instruction.

[986] Art. 113.

§ 2. La diffusion de la publicité, fruit de la réaction du législateur aux excès de la logique inquisitoriale

Plan. Le législateur a eu recours à la publicité pour réagir à la survivance de l'esprit de l'Ordonnance de 1670, dont les mauvais traitements infligés aux personnes privés de liberté, nous l'avons vu, n'étaient pas le moindre défaut (A). De manière contemporaine, ce souci s'est exprimé dans la loi par une approche de la question de plus en plus matérielle (B).

A. Une réaction du législateur à la survivance de l'esprit de l'Ordonnance de 1670

La résistance de la chambre criminelle de la Cour de cassation. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'éleva contre le rétablissement du principe inquisitoire de l'Ordonnance de 1670 par un arrêt du 21 avril 1815[987], au prix d'une fausse interprétation à la fois de la lettre et de l'esprit du Code d'instruction criminelle. « *La mise en liberté avec caution pourra être demandée et accordée* » prévoyait ce dernier. Les juridictions « *devront* » l'accorder, jugea la Cour de cassation ; ce qui était, tout de même, beaucoup s'éloigner de la volonté du législateur. Malgré les critiques doctrinales[988] et les décisions contraires des cours d'appel, la chambre criminelle tint bon pendant trois décennies et cinq arrêts : « *Attendu que l'article 114 C. inst. Crim. n'a fait que reproduire le principe posé par l'art. 222 du Code des délits et des peines, et n'a employé le mot pourra que pour indiquer le changement de compétence introduit à cet égard par la loi nouvelle, qui n'a donné qu'au tribunal en corps le droit qu'avait le directeur du jury sous le Code de l'an 4.- Attendu que le droit absolu d'obtenir la liberté provisoire sous caution est limitée par voie d'exception par les art. 115 et 126 ; d'où il suit que les individus qui ne sont pas dans les catégories exceptionnelles desdits articles doivent jouir du droit général proclamé par l'art. 114, et reconnus par toutes les lois précédentes depuis la révolution de 1789.* »[989] Finalement, elle céda à l'avis presque unanime

[987] MANGIN Jean, HELIE Faustin, *De l'instruction écrite et du règlement de la compétence en matière criminelle*, Paris, Hingray, 1847, p. 305.
[988] « *Il est clair que le législateur n'a pas voulu que la liberté provisoire sous caution fût accordée de plein droit à tous les prévenus de délits correctionnels, et qu'il a voulu que les juges pussent, suivant les circonstances, la leur refuser » :* MANGIN, HELIE, *De l'instruction écrite…, op. cit.*, p. 307.
[989] Cass. crim., 15 juillet 1837, P. 1837.II.287. Dans le même sens : Cass. crim., 21 avril 1815.- Cass. crim., 27 mars 1841.- Cass. crim., 22 avril 1841.- Cass. crim., 17 juillet 1841 : CLOLUS Emile : *De la détention préventive et de la mise en liberté provisoire sous caution*, Paris, Durand, 1865, p. 151.- S. 1841.II.350.

des cours d'appel de résister à sa jurisprudence, par un arrêt rendu en chambres réunies le 23 février 1844. Jugeant que le terme « *pourra* » exprimait un pouvoir facultatif, la Cour de cassation déclara, alors, qu '« *il résulte que la loi a entendu confier à la prudence et à l'impartialité des tribunaux le soin de discerner les cas où le prévenu pourrait, sans inconvénient pour la découverte de la vérité ou la sûreté de l'action publique, être admis à jouir de la liberté provisoire moyennant caution.* »[990]
Le mandat de placement en détention préventive, dès lors, n'était plus qu'un acte d'instruction non contentieux, une mesure d'ordre ou de sûreté, insusceptible de débat et de recours.

La publicité, élément déclencheur de réformes. Il est remarquable qu'à chaque fois que nous nous penchons sur une grande réforme de la procédure pénale, nous trouvons une ou des affaires qui ont choqué l'opinion, et dont le retentissement et la publicité ont conduit le législateur à intervenir. Souvent ces réformes étaient envisagées depuis longtemps, mais c'est le soutien de l'opinion, par l'effet de la publicité mettant en lumière telle pratique judiciaire, qui a permis de trouver l'opportunité politique de les faire adopter.
La légitimité de la justice de l'Ancien régime n'a pas survécu aux affaires Calas, Sirven et du chevalier de La Barre. La question de la publicité de l'audience a été symbolisée par l'affaire Bezenval. Plus près de nous, le nom de M. Patrick Dils est resté associé à l'extension de la publicité de l'audience aux juridictions pour mineurs. L'affaire Villemin a incité M. Badinter à vouloir réformer l'instruction en décembre 1985, en proposant un système de collégialité des magistrats instructeurs. L'amendement de 1989 qui a introduit la publicité de l'audience pendant la phase d'instruction a été motivée par l'affaire des anesthésistes de Poitiers. Et que dire de l'affaire d'Outreau ?
A partir des années 1850, ce sont plusieurs affaires particulières qui ont provoqué la réforme législative relativement à la mise au secret. La première est celle d'un homme qui avait été jeté en prison en raison d'une homonymie : mis au secret sans possibilité de défense effective, il s'y était suicidé. La seconde, qui resta longtemps dans les esprits de ses contemporains et fut régulièrement évoquée au Parlement et dans les tribunaux, est celle qui frappa Rosalie Doise, épouse Gardin. Accusée de parricide alors qu'elle était enceinte, elle fut détenue à l'isolement complet. Selon les termes de Gaujal, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Paris, le 3 novembre 1863 : « *ayant peur qu'on l'y remette, elle dit ce que l'on*

[990] Cass. ch. réun., 23 février 1844, *S.* 1844.I.202.

voulut »[991], c'est-à-dire que voulant sauver son enfant à naître en faisant en sorte de ne pas retourner dans un réduit sans air et sans lumière, elle avoua devant le juge d'instruction un crime qu'elle n'avait pas commis. Son état de grossesse lui permit d'échapper de justesse à une condamnation à mort devant la Cour d'assises de Douai. Elle accoucha dans la prison d'Hazebrouck d'un enfant mort. L'année suivante, les deux assassins furent arrêtés[992]. « *Toute la responsabilité de cette fatale erreur pèse sur ceux qui avaient arraché cet aveu et sur la torture morale qui l'avait produit* » commenta Odilon Barrot[993] au sujet de l'utilisation de la détention préventive et de la mise au secret.

L'affaire Doise montre aussi la différence de nature, en termes de protection, entre une procédure judiciaire et la publicité de cette dernière. Comme le résumait à ce propos Morin : « *Plusieurs fois des prévenus et leurs défenseurs ont formulé avec énergie leurs plaintes contre les rigueurs du secret auquel ils avaient été soumis : il y avait quelque chose de vrai dans ces réclamations ; et si les juges n'ont pu y faire droit, c'est que c'étaient des questions d'instruction purgée ou de régime des prisons, sur lesquelles ils n'avaient pas à rendre jugement. Récemment encore, des révélations d'abus très graves se sont produites en cour d'assises, ce qui a causé une sensation considérable dans l'opinion publique.* »[994] Les abus perpétrés dans cette affaire ne furent pas sanctionnées autrement, judiciairement, que par un arrêt de la chambre criminelle cassant la condamnation de Rosalie Doise, laquelle chambre criminelle d'ailleurs ne voyait aucune relation entre les aveux passés par la dame et le traitement qu'elle avait subi au cachot : « *Il s'agirait donc d'une erreur judiciaire d'autant plus étrange, comme le remarque Son Excellence le garde des sceaux, que, par des circonstances exceptionnelles et vraiment inouïes, un assassinat, combiné par deux malfaiteurs, est venu réaliser, à point nommé, le projet parricide conçu et prémédité par une fille impie, et que celle-ci sous l'influence d'une hallucination étrange, a cru elle-même à sa culpabilité, l'a avouée à ses juges et a accepté l'arrêt de condamnation.* » [995] Voilà qui est écrit !

Les effets de la publicité des débats de son nouveau procès, qui mena à son acquittement par la Cour d'assises de la Somme[996], furent d'une autre nature. Après que le détail de

---

[991] DESSALES J., *Quelques réflexions sur la détention préventive, la mise au secret et la réparation des erreurs judiciaires*, Paris, Cotillon, 1863, p.4.
[992] Gazette des tribunaux, 20 novembre 1862.
[993] BARROT Odilon, *Le Temps*, 26 novembre 1862.- Odilon Barrot, avocat, était ancien chef du gouvernement et ancien ministre de la Justice.
[994] MORIN Achille, « Revue Annuelle. Art. 7538 », *Journal du droit criminel*, janvier 1863.
[995] Cass crim., 9 octobre 1862, Bull. crim. 1862, n° 240.
[996] C. assises de la Somme, 19 novembre 1862.

l'instruction et des conditions de sa détention préventive fut exposé lors des débats[997], l'émoi du public provoqua une enquête qui conduisit à la révocation d'un geôlier et de la surveillante du quartier des femmes où Rosalie Doise avait été détenue[998]. Surtout cette affaire suscita un débat au Parlement, et mena à plusieurs réformes dont la plus connue demeure la loi Constans du 8 décembre 1897 qui supprima le secret interne à l'encontre du prévenu et lui donna le droit à l'assistance d'un défenseur[999].

L'intervention du législateur dans la seconde moitié du XIXe siècle. La seconde moitié du XIXe siècle vit s'inverser le rapport de force. Ce n'était plus, cette fois, la Cour de cassation qui résistait à la volonté répressive du législateur, mais ce dernier qui désirait encadrer et canaliser la toute puissance du juge. Une loi du 4 avril 1855 permit, tout d'abord, au juge d'instruction d'élargir à tout moment une personne poursuivie, même pour des faits de nature criminelle. Une loi du 17 juillet 1856 fut ensuite votée pour abréger certains délais afin de diminuer la longueur des instructions. Le 20 mai 1863, un troisième texte s'inscrivit dans les mêmes considérations en prévoyant une procédure rapide pour le jugement des flagrants délits. Enfin, le corps législatif décida, par une loi du 14 juillet 1865, d'esquisser l'affirmation du droit de toute personne à la liberté provisoire, même en matière criminelle[1000]. Après avoir repris longuement le détail de l'affaire Doise qui occupa les débats du corps législatif le 28 juin 1865, le sénateur Corneille déclara à une assemblée extrêmement attentive à ses propos : « *Vous voyez messieurs, quelles aberrations funestes peut inspirer à un détenu la mise au secret pendant une certaine durée* »[1001]. Le texte qui fut ensuite voté écarta l'obligation de priver de liberté une personne poursuivie pour crime et étendit au mandat d'arrêt les dispositions de la loi de 1855 relatives aux mandats de dépôt. Surtout, cette loi imposa, lorsque la peine d'emprisonnement encourue n'excédait pas deux ans, une libération de plein droit à l'expiration du cinquième jour suivant l'interrogatoire[1002]. Les règles permettant de contester une décision de mandat de dépôt étaient précisées : la demande devait d'abord être adressée au juge auteur de la décision. Ce dernier prenait avis auprès du ministère public, sans avoir à s'y conformer. La liberté pouvait être accordée sans ou avec caution. La décision était susceptible d'appel. Le principe de la privation de liberté demeurait pour les personnes non

[997] *Gazette des tribunaux*, 17-20 novembre 1862.- *Le Droit*, 18-20 novembre 1862.
[998] *Le Moniteur*, 30 novembre 1862.
[999] Mais qui ne fit guère progresser le principe du contradictoire puisque l'avocat était un témoin muet des actes du juge.
[1000] Modifiant les articles 91, 94 et 113 du Code d'instruction criminelle.
[1001] Corps législatif, séance du 28 juin 1865, in *Annales du Sénat et du Corps législatif*, vol. 9, Paris, Moniteur universel, 1865, p. 71
[1002] Les récidivistes et les vagabonds ne pouvaient cependant pas prétendre à cette disposition.

domiciliées. Dans une circulaire adressée aux procureurs généraux, le garde des sceaux Baroche insistait donc sur la nécessité de prendre en considération les éléments pouvant permettre d'éviter un placement en détention préventive : « *Les rédacteurs de procès-verbaux devront, à l'avenir, s'expliquer avec précision sur la question du domicile.* »[1003]

La modification des textes, toutefois, ne modifièrent pas les pratiques judiciaires. Douze ans après la promulgation de la loi de 1865, les statistiques ne montraient aucune augmentation des libérations provisoires. La volonté du législateur n'était pas parvenue à modifier la situation. En 1865, comme en 1886 et 1897, la libération provisoire demeurait au même niveau, de l'ordre de 4% des dossiers[1004]. Et encore, l'étude poussée des statistiques montrent que sur 4.721 personnes libérées en 1897, 3.297 l'avaient été des suites d'une ordonnance de non lieu[1005].

Avec la loi du 7 février 1933, la liberté provisoire acquit le rang de principe. Le texte obligeait le juge d'instruction à renouveler tous les 15 jours son mandat. Simplifié par une modification législative du 25 mars 1935, ces dispositions ne firent, cependant, jamais la preuve de leur efficacité. L'expérience ne dura que quelques années, et un décret-loi du 18 novembre 1939[1006] fit revenir les règles applicables aux dispositions de la loi de 1865.

Après-guerre, le principe du maintien en liberté de la personne poursuivie pénalement fut énoncé, au bénéfice des mineurs, par l'ordonnance du 2 février 1945. Une loi du 19 décembre 1952[1007] tenta à nouveau de contrôler le pouvoir du juge d'instruction en posant des délais dans lesquels il devait statuer sur une demande de mise en liberté. La possibilité pour la partie civile de faire appel en matière de détention provisoire a été supprimée par une loi du 26 juillet 1955[1008].

L'encadrement du Code de procédure pénale. Dès 1952, les circulaires ministérielles avaient souligné le caractère « *exceptionnel* » de la mesure de privation de liberté pour

---

[1003] Instructions ministérielles pour l'exécution de la loi sur la mise en liberté provisoire in *Journal du droit criminel*, 1865, p. 343.

[1004] Ministère de la Justice, Rapport sur l'administration de la justice criminelle pendant l'année 1899. Cité in MORIZOT-TIBAULT, préc., p. 297.

[1005] *Idem.*

[1006] Qui limitait considérablement les libertés individuelles, y compris dans des domaines ne relevant pas de la procédure pénale. Les préfets avaient, ainsi, tout pouvoir pour « *décider que toute personne* […] *pourra* [...] *être éloignée des lieux où elle réside et, en cas de nécessité, astreinte à séjourner dabns un centre fixé par la décision commune des ministre de la guerre et de l'Intérieur* » : Circulaire n° 12 du 14 décembre 1939 du ministre de l'Intérieur, Archives départementales de la Dordogne, cote 4 M 223.

[1007] Loi n° 52-1351 du 19 décembre 1952 complétant l'article 113 du Code d'instruction criminelle sur les demandes de liberté provisoire, J.O. du 20 décembre 1952.

[1008] Loi n° 55-984 du 26 juillet 1955 modifiant les articles 119 et 135 du Code d'instruction criminelle, J.O. du 27 juillet 1955.

l'inculpé majeur. Dans sa forme initiale, l'article 137 du Code de procédure pénale reprit l'expression en posant que « *la détention provisoire est une mesure exceptionnelle* »[1009]. Le législateur demandait que les maintiens en détention soient motivés, oubliant au passage de retenir ce même principe pour la privation initiale de liberté.

Cette précision légale, pouvait-on espérer tout de même, allait rompre avec les clauses de style qui tenaient lieu de motivation au placement en détention préventive sous l'empire du Code d'instruction criminelle[1010]. Ainsi, dans son article 139, le Code de procédure pénale exigeait une motivation spéciale. Cette volonté du législateur demeura cependant sans effet, se heurtant aux usages persistants des juridictions, validés par la Cour de cassation.

Les réticences de la Cour de cassation. Ainsi, la jurisprudence valida les anciennes pratiques du recours à des formulations générales[1011] alors même que la loi exigeait des motivations spéciales. La Cour de cassation refusa également de sanctionner l'absence de décision sur la détention préventive d'une chambre d'accusation ayant demandé un supplément d'information. Le moyen du pourvoi en cassation était limpide : si la liberté est la règle et que la chambre d'accusation n'a pas statué sur ce point, c'est le principe de la liberté qui devait s'appliquer. Par un arrêt du 5 octobre 1960[1012], la Cour ne suivit pas ce raisonnement, en jugeant que la décision initiale de placement en détention était valable jusqu'à l'arrêt de renvoi[1013].

En 1961, le législateur avait modifié l'article 279 du Code de procédure pénale en soumettant l'ordonnance de prolongation de la détention à l'exigence de la motivation et de l'appel. Sans doute, devrions nous voir, déjà ici, la volonté de placer cette décision dans la catégorie des actes juridictionnels, avec les garanties qu'une telle classification emporte. La Cour de cassation en décida autrement, toujours avec netteté[1014]. Les décisions relatives à la détention provisoire, distinctes de celles statuant sur le fond, n'étaient que des mesures de sûreté, permettant de s'assurer de la personne du prévenu dans l'intérêt de l'efficacité de l'instruction : « *En matière de détention préventive et de liberté provisoire, les incidents s'y rapportant donnent lieu à des instances distinctes de celle qui concernent le fond, sans*

[1009] Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un Code de procédure pénale, J.O. du 1er janvier 1958.- DOUCET Jean-Paul, « La détention préventive : mesure exceptionnelle ? », *Gaz. Pal.*, 1966 I.D.130.
[1010] Cass. crim., 14 avril 1934, *Gaz. Pal.* 1934.I.882.
[1011] Cass. crim., 24 mai 1962, Bull. crim. 1962, n° 206.
[1012] Cass. crim., 5 octobre 1960, Bull. crim. 1960, n° 424.
[1013] Cass. crim., 17 novembre 1960, Bull. crim. 1960, n° 531.
[1014] LEVASSEUR Georges, « Les nullités de l'instruction préparatoire », n° 2, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Paris, 1966, p. 471.

pouvoir nuire, d'ailleurs, à la poursuite du procès. »[1015] La cour de cassation, reprenant sa jurisprudence d'avant 1958, n'assimilait pas, pour autant, les arrêts rendus en matière de détention provisoire aux arrêts préparatoires[1016]. Un pourvoi en cassation était donc tout de même possible contre la décision relative à la détention[1017]. La portée effective de ce dernier était cependant limitée dès lors que la chambre criminelle de la Cour de cassation refusait de se faire le juge de l'opportunité des décisions relatives à la détention provisoire. Dans un raisonnement dans le droit fil du Code de 1808, le juge se voyait attribuer en la matière un véritable pouvoir discrétionnaire. La Cour de cassation retint même de manière expresse cette dernière expression dans un arrêt du 10 février 1966 : « *les juridictions ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier une demande de liberté provisoire et pour déterminer les conditions auxquelles elles subordonnent la mise en liberté qu'elles accordent.* » [1018]

Dans le même esprit, estimant qu'il n'y avait pas d'atteinte aux droits de la défense, refusa-t-elle de sanctionner l'absence de décision sur la détention dans le délai imparti par l'article 141 du Code de procédure pénale. Le prévenu soutenait que toute juridiction est tenue de répondre aux moyens dont elle est régulièrement saisie et présentait comme moyen de cassation l'absence de décision motivée dans le délai imparti. La Cour de cassation a, d'une part, validé la décision de la chambre d'accusation qui s'était bornée à confirmer, sans motivation, une ordonnance de rejet elle-même non motivée. Elle a, d'autre part, jugé que le non respect par le juge d'instruction du délai fixé par la loi pour statuer sur une demande de mise en liberté n'avait pas d'autre effet que « *de permettre à l'inculpé de saisir directement la chambre d'accusation. Que faute d'avoir usé de cette faculté avant que le juge d'instruction n'ait statué, l'inculpé s'est trouvé forclos.* » [1019]

La même réticence à reconnaître le caractère juridictionnel de la décision relative à la détention provisoire pouvait s'observer au sujet de la procédure suivie, sur le fondement de l'article 144 du Code de procédure pénale, devant la chambre d'accusation. Celle-ci devait statuer sur la détention au vu des réquisitions écrites du ministère public. Peut-être pouvait-on soutenir qu'il y avait dans la forme imposée par la loi, l'embryon d'une idée de débat, et la possibilité de permettre à la personne privée de liberté de faire valoir ses arguments. Là encore, la cour de cassation a écarté toute idée d'acte juridictionnel à ce propos : « *il appartient à cette juridiction de décider seulement, au vu des circonstances de la cause, s'il*

[1015] Cass. crim. 22 décembre 1959, Bull. crim. 1959, n° 569.
[1016] Les arrêts préparatoires et d'instruction ne peuvent faire l'objet d'un recours en cassation qu'après l'arrêt définitif et en même temps que lui : Cass. crim., 7 février 1896, Bull. crim. 1896, n° 52.
[1017] Cass. crim., 26 mai 1838, Bull. crim. 1838, n° 143.- Cass. crim., 11 janvier 1961, Bull. crim. 1961, n° 20.
[1018] Cass. crim., 10 février 1966, Bull. crim. 1966, n° 40.
[1019] Cass. crim., 27 juillet 1964, Bull. crim. 1964, n° 250.

échet ou non de retirer à l'inculpé le bénéfice de la mise en liberté provisoire qu'elle lui a précédemment accordée. »[1020] Le débat contradictoire, la contradiction, la présentation de tous les arguments à un juge avant que celui-ci tranche, demeuraient étrangers une procédure de détention préventive dont Garraud pouvait dire, en 1912, qu'elle était une « *institution à laquelle l'idée de justice est étrangère* »[1021].

L'affirmation, dans le Code de procédure pénale, du caractère « *exceptionnel* » de la détention provisoire n'eut, au final, aucun effet sur la pratique judiciaire puisque la proportion de libération préventive est demeurée à peu près stable entre 1952 et 1963, entre 15,2 et 16,7 %. Pire, la durée moyenne des détentions préventive s'est même allongée après la promulgation d'un texte dont le but affiché était de réduire le recours à cette mesure[1022].

B. Le choix assumé, par le législateur contemporain d'une protection matérielle de la liberté

De la « *détention préventive* » à la « *détention provisoire* ». L'encadrement de la mesure de détention préventive existait déjà dans le Code de procédure pénale de 1958, mais c'est la loi du 17 juillet 1970[1023] qui s'est, pour la première fois, attaqué par une méthode voulue systématique aux excès de l'usage de la détention avant jugement sur le fond. Transformant la « *détention préventive* » en « *détention provisoire* » et créant le contrôle judiciaire comme alternative à l'emprisonnement, ce texte obligea le juge d'instruction à rendre en matière correctionnelle des ordonnances motivées, selon des motifs légaux, susceptibles d'appel.

Une loi du 6 août 1975[1024] ajouta à la procédure des délais maximaux de détention provisoire. Pour un prévenu poursuivi pour des faits réprimés d'une peine inférieure à moins de cinq ans et n'ayant pas fait au préalable l'objet d'une condamnation à plus d'un an de prison, la détention provisoire ne pouvait pas excéder six mois. Surtout, cette loi introduisit l'avocat dans le bureau du juge d'instruction pour un débat relatif au placement en détention provisoire. La loi ne prévoyait plus seulement des garanties relatives à la question du maintien en

[1020] Cass. crim., 26 juillet 1965, Bull. crim. 1965, n° 189.
[1021] GARRAUD René, *Traité d'instruction criminelle*, t III, Paris, Larose, 1912, p. 128.
[1022] DOUCET Jean-Paul, « La détention préventive : mesure exceptionnelle ? », préc. – Cette observation est sans doute à pondérer au regard des circonstances historiques, puisque les années en question ont été marquées par la Guerre d'Algérie.
[1023] Loi n° 70-463 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O. du 19 juillet 1970, p. 6751.
[1024] Loi n° 75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions du Code de procédure pénale, J.O. du 7 août 1975.

détention, mais commençait à en poser aussi pour la phase, déterminante, du placement en détention.

Ces mesures étaient censées diminuer le recours à la détention provisoire. Il n'en a rien été : entre 1970 et 1985, le nombre des prévenus incarcérés a doublé en France[1025]. En 1982, alors même que les possibilités de prolongation de la détention provisoire en matière correctionnelle avaient été limitées parla loi de 1975, le nombre des prévenus dépassait même pour la première fois le nombre des condamnés dans les prisons françaises[1026].

Cette inefficacité des textes qu'il votait a conduit le législateur à modifier à plusieurs reprises la loi, pour finalement adopter le principe d'un contentieux de la détention provisoire relevant d'audience juridictionnelle fondées sur le double principe du contradictoire et de la publicité.

La loi de 1989 : faire baisser le nombre de détentions provisoires. La loi de 1984 avait posé l'obligation de motivation des ordonnances de placement en détention provisoire en matière correctionnelle. La loi du 6 janvier 1989[1027] a étendu cette mesure à la matière criminelle. Rapporteur du texte devant l'Assemblée nationale au nom de la Commission des lois, M. Philippe Marchand, indiquait que les dispositions retenues s'inspiraient du rapport de Mme la Professeure Delmas-Marty[1028] et se proposaient de « *limiter le recours à la détention provisoire – c'est le point le plus important – par des dispositions visant à réduire les délais légaux* […] *renforcer l'efficacité de la chambre d'accusation en matière de détention provisoire* […] *La situation dans notre pays peut se caractériser ainsi : premièrement, le nombre de détentions provisoires est beaucoup trop élevé ; deuxièmement, la durée des détentions provisoires est trop longue* »[1029].

Au moment où M. Marchand prononçait ces paroles, la part des prévenus dans la population carcérale totale était de 46 %. La durée moyenne des détentions provisoires qui était de 2,3 mois en 1969 était montée à 3,8 mois en 1986. L'Assemblée nationale débattait alors en étudiant la situation des populations carcérales des vingt-trois pays membres du Conseil de l'Europe. A l'époque, la France faisait partie des pays connaissant un des taux de placement

---

[1025] Ministère de la justice, *Commission de suivi de la détention provisoire : rapport 2007*, Paris, La Documentation française, janvier 2008, p. 27.

[1026] Ce franchissement a aussi été aidé par l'ampleur de l'amnistie présidentielle de 1981 consécutive à l'élection de François Mitterrand. Cela apparaît très nettement – même si ce point n'est pas commenté dans le document qui illustre un autre sujet – sur le tableau reproduisant la population pénale établie par Mme Annie Kensey (chef du bureau des études et de la prospective, PMJ5, au Ministère de la Justice) pour la période 1980-2010 : KENSEY Annie, « Dix ans d'évolution du nombre de personnes écrouées de 2000 à 2010 », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 35, octobre 2010, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, p. 2.

[1027] *Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la décision provisoire.*

[1028] Commission Justice pénale et droits de l'homme.

[1029] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, J.O. du 30 novembre 1988, p. 2815.

en détention provisoire les plus élevés du continent : 38 pour 100.000 habitants, contre 39 pour le Luxembourg, 37 pour la Belgique, 21 pour le Royaume-Uni et 19 pour l'Allemagne [1030] . M. Marchand faisait un lien entre système procédural et taux d'incarcération : « *dans les pays qui appliquent la procédure inquisitoire, c'est-à-dire la procédure qui correspond à la tradition juridique française, le nombre des détenus provisoires est beaucoup plus élevé que dans les pays anglo-saxons qui utilisent, eux, la procédure accusatoire* »[1031] avançait-il.

Le député regrettait alors de ne pas connaître le volume de jours de prison effectuées en France chaque année par des personnes qui avaient ensuite bénéficié d'un non-lieu, avaient été relaxées ou acquittées[1032]. M. Arpaillange, Garde des Sceaux, ajoutait que la France était « *l'un des champions de la détention provisoire en Europe, autrement dit l'un des pays qui compte le plus de détenus présumés innocents. Cela prouve amplement que les règles qui commandent le régime de la détention provisoire ne sont plus adaptées à l'évolution de notre société. Les critiques dont elles font l'objet dans toutes les formations politiques justifient à elles seules l'élaboration de notre projet de réforme* »[1033] .

M. Arpaillange précisait qu'il entendait s'attaquer aux clauses de style et formules générales qui faisaient office depuis des décennies de motifs aux privations de liberté : le texte « *frappe de nullité la décision insuffisamment motivée en droit et en fait, car il faut en finir avec une certaine facilité qui consistait trop souvent à reprendre purement et simplement les termes de l'article 144 du Code de procédure pénale sans préciser concrètement les motifs de la détention appliqués à l'espèce.* »[1034]

Contradictoire et publicité : des effets sur le volume des détentions provisoires. A partir de début 1996, et l'établissement de débats contradictoires relatifs à la détention, une nouvelle phase de décrue débuta pour ce qui concernait le nombre des détenus incarcérés en France. Il redescendit à 20.000 personnes fin 2000. La loi du 15 juin 2000 produisit des effets jamais observés depuis 1980. En une seule année, le stock de personnes incarcérées avant jugement régressa de près de 5.000 personnes en France. C'était un quart de la population étudiée. La situation demeura stable en 2002, mais à partir de 2003 le phénomène s'inversa avec la même

[1030] En revanche, le taux de détention pour 100.000 habitants était plus important en Grande-Bretagne (98,2 pour 100.000 habitants) qu'en France (92 en France). La précision sera donnée un peu plus tard dans les débats par M. François Colombet. Assemblée nationale, 2e séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2841.
[1031] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2816.
[1032] En 1991, 2.111 prévenus placés en détention ont été relâchés au motif d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement. Ils étaient 1.069 dans cette catégorie en 1997.
[1033] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc., p. 2819.
[1034] Assemblée nationale, 1ere séance du 29 novembre 1988, préc. p. 2820.

intensité : en un an, le stock se gonfla de 5.000 personnes supplémentaires pour franchir à nouveau la barre des 20.000 détenus en attente de jugement[1035]. Cependant, leur nombre décroît régulièrement depuis 2004 : 20.239 prévenus incarcérés au 1er janvier 2006, 18.483 au 1er janvier 2007, 15.933 au 1er janvier 2008, 16.797 au 1er janvier 2009, 15.395 au 1er janvier 2010, 16.361 au 1er janvier 2011[1036]. Ce chiffre était de 16.279 au 1er janvier 2012.

Ces chiffres doivent être recoupés avec ceux des entrées en prison, c'est-à-dire du flux. La baisse du stock provient, en effet, de la combinaison du nombre de personnes qui entrent en prison dans le cadre d'une détention provisoire et de la durée de cette dernière. Si, à nombre d'entrées égales, la durée de l'incarcération diminue, le stock baisse. Cette constatation est importante : le contrôle de l'utilisation de la détention provisoire passe aussi bien par l'encadrement procédural de la décision d'écrou, que par l'effectivité du recours contre la détention provisoire à mesure que celle-ci dure. En 1999, 54 .590 prévenus ont été incarcérés, contre 22.624 condamnés, ce qui signifie que plus de deux personnes sur trois entrées en prison cette année là n'avaient pas été condamnées[1037]. Le nombre des prévenus incarcérés est descendu à 46.471 en 2001, mais il est remonté à 60.948 en 2005 avant d'entamer une baisse à partir de 2006 et s'établir à 48.085 en 2009. Dans le même temps, la durée moyenne de la détention provisoire a diminué : 4,3 mois en 2004, 3,8 en 2007, 2008 et 2009. Notons que sont comptées dans les personnes détenues avant jugement sur le fond, celles en attente d'une audience dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate.

Enfin, si on prend l'optique de la part des prévenus (en stock) dans la population carcérale totale pendant la période, nous observons une baisse importante depuis trente ans : au 1er janvier 2011, elle ne correspondait plus qu'à une personne incarcérée sur quatre[1038], alors que le rapport était d'une personne sur deux au 1er janvier 1982. La part du nombre des prévenus en prison a été de l'ordre de 40 % tout au long des années 1990. La baisse de cette proportion, cependant, est surtout liée à l'augmentation très importante, en prison, du nombre de personnes condamnées, avec la forte progression des condamnations à des peines de moins d'un an et le recours de plus en plus fréquent à des procédures de comparution immédiate,

---

[1035] L'analyse de ces variations est délicate. Sans doute, cependant, peut-on y voir aussi la conséquence de l'évolution de l'opinion publique, de plus en plus attachée à la défense des intérêts de la victime. Le calendrier électoral, et le poids de la question de l'insécurité comme élément déterminant des scrutins, nous paraît également pertinent pour apprécier ces évolutions statistiques.

[1036] Ces chiffres sont tirés des communiqués officiels du ministère de la justice, « *chiffres de la population pénale au 1er janvier* » disponibles à la rubrique « archives communiqués » sur le site internet du ministère de la Justice et des Libertés : http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/archives-des-communiques-de-2011-12159/

[1037] KINSEY Annie, préc., p. 5.

[1038] 26,5 % très exactement.

notamment pour des affaires de violence à personne. Le recul significatif de la proportion des affaires soumises aux juges d'instruction est également, à l'évidence, un élément pertinent. Cependant, il est incontestable que la part des personnes présumées innocentes et cependant privées de liberté régresse. Si certaines auraient été emprisonnées en tant que prévenues voici quelques années, elles le sont parfois, à circonstances égales mais en raison de nouvelles procédures plus rapides, en tant que condamnées aujourd'hui. Il ne s'agit pas, toutefois, d'un simple glissement d'une colonne statistique à une autre : être privé de liberté après une condamnation rendue par une juridiction indépendante et impartiale, statuant à l'issue d'une audience orale, contradictoire et publique, n'est pas du tout la même chose qu'être privé de liberté par le pouvoir discrétionnaire d'un juge statuant secrètement.

De 1982 à 2004, les courbes représentant le nombre des détenus condamnés et celui des prévenus en prison évoluent de la même manière. 2004 représente un point de rupture : le nombre (en stock) des condamnés s'envole, tandis que celui des prévenus baisse[1039]. La durée de la détention des condamnés s'allonge[1040] ; celle des prévenus, nous l'avons vu, diminue. Le nombre d'entrées dans le système pénitentiaire des condamnés augmente fortement (36.269 en 2009 contre 22.668 en 2003) ; celui des prévenus régresse (48.085 en 2009 contre 59.348 en 2003). En 2000, les 20.527 détenus emprisonnés équivalaient à 39,5 % de la population pénale. En 2012, l'hypothèse de 20.527 détenus emprisonnés ne représenterait plus que 31,68 % de cette population[1041].

Il nous paraît également nécessaire de replacer le débat au sujet de la détention provisoire dans un cadre de comparaison européenne. La statistique pénale comparative élaborée en 2011, pour l'année 2009, par des chercheurs de l'Université de Lausanne pour le Conseil de l'Europe le permet[1042]. La France, tout d'abord, comptait en 2009, 103,1 prisonniers pour 100.000 habitants[1043]. C'est inférieur à la moyenne (143,8) et à la médiane (119,4) européennes. Le Royaume-Uni se situe à 152,3 détenus pour 100.000 habitants, et la Russie à 620,6. La surpopulation carcérale, en revanche, est plus importante en France qu'ailleurs en moyenne : 114,9 détenus pour 100 places, contre une moyenne européenne de 98,4 et une

---

[1039] Au 1er janvier 2010, 60.978 personnes étaient incarcérées en France : 45.583 condamnés, 15.933 prévenus. Au 1er février 2006, il y avait 59.248 personnes incarcérées : 39.009 condamnés et 20.239 prévenus.

[1040] Transcription du durcissement de la répression, la durée moyenne sous écrou est passée de 7,7 mois en 2002 à 9,4 mois en 2009.

[1041] Au 1er janvier 2012, le nombre de personnes incarcérées en France était de 64.787 (communiqué du ministère de la Justice du 13 janvier 2012).

[1042] AEBI Marcelo, DELGRANDE Natalia, *Council of Europe Annual Penal Statistics-SPACE 1- 2008* [document en anglais], UNIL (Université de Lausanne, Institut de crimoinologie et de droit pénal), 22 mars 2011, Conseil de l'Europe, Doc. PC-CP (2011) 3, 111 p. http://www3.unil.ch/wpmu/space/files/2011/02/Council-of-Europe_SPACE-I-2009-E.pdf

[1043] Conseil de l'Europe, SPACE 1, 2009, préc., Figure 1.a, p. 38.

médiane à 96,6[1044]. Concernant les personnes détenues sans avoir été l'objet d'un jugement définitif, l'étude européenne en a recensé en France 15.602 pour 2009[1045] (11.755 qui n'ont pas fait l'objet de décision sur le fond ; 3.827 qui ont formé un appel)[1046]. La part des prévenus représente donc, ici pour la France, 23,52 % de la population carcérale. Dans cette étude, cette proportion est de 11,77 % pour la Pologne, 15,53% pour l'Allemagne, 16,02 % pour la Finlande, 16, 12 % pour le Royaume-Uni, 20, 78 % pour l'Espagne (hors Catalogne), 21,65 % pour la Suède, 22,66 % pour l'Ukraine, 24,80 % pour la Serbie, 30,49 % pour la Hongrie, 38,32 % pour le Danemark, 47,01 % pour les Pays-Bas, 47,72 % pour l'Italie, 49,30 % pour la Suisse et 51,71 % pour la Turquie. Bref, en deux décennies, la France s'est éloignée de manière significative de la place de championne d'Europe de la détention provisoire à laquelle elle pouvait prétendre en 1989.

La Commission Outreau. Entre le 10 janvier et le 12 avril 2006, la Commission d'enquête parlementaire « *chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement* » avait entendu 221 personnes pendant plus de 200 heures[1047]. Lorsque ces auditions s'ouvrirent, les parlementaires soulignèrent, dans le droit fil des débats parlementaires depuis 1989, qu'en France, en 2006, 20.000 personnes étaient en détention provisoire sur 60.000 personnes incarcérées, et que sur ces 20.000 personnes, 2.000 seraient sans doute reconnues innocentes[1048]. L'article 72 de la loi du 15 juin 2000 « *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* » avait institué une « *commission de suivi de la détention provisoire* » placée auprès du ministre de la justice. Il apparaissait, cependant, que les études statistiques étaient d'une grande pauvreté, comme le souligna la commission elle-même dans son rapport de 2007 : « [L]*a Commission, malgré les mises en garde et les demandes qu'elle a déjà faites, doit constater que les instruments de mesure manquent dans bien des domaines* […] *De manière générale, les affaires ne sont pas corrélées à des personnes, et pas davantage à des incriminations pénales, tant pour les personnes qui font*

[1044] Conseil de l'Europe, SPACE 1, 2009, préc. Figure 1.b., p. 38.
[1045] La différence de chiffres s'explique par le moment de la mesure. L'étude SPACE 1 concerne septembre 2009, alors que les chiffres du ministère de la Justice habituellement communiqués sont établis au 1er janvier.
[1046] Conseil de l'Europe, SPACE 1, 2009, préc., Table 4, p. 57.
[1047] Les auditions, publiques, ont été retransmises à la télévision avec un léger différé permettant de « *biper* » les propos relatifs aux identités des enfants. Les travaux de la commission ont été retransmis par les chaînes parlementaires au quotidien, mais aussi parfois par les grandes chaînes hertziennes nationales, notamment lors de l'audition du juge Fabrice Burgaud, qui a duré sept heures et a été suivie par près de cinq millions de téléspectateurs.
[1048] Rapport de la commission, op. cit., p. 6.

l'objet de poursuites que pour celles qui entrent en détention : nul ne sait par type d'infractions, combien de prévenus sont mis en détention ; pas davantage selon chaque procédure alors que, désormais, le parquet dispose d'une palette dans l'exercice de poursuites. Les mesures intermédiaires sont aussi mal comptabilisées. Combien de personnes mises en détention provisoire sont-elles libérées avant de comparaître en vue de leur jugement ? Impossible d'en faire un état. Par conséquent, le rapport entre les condamnations à des peines d'emprisonnement et le fait pour un prévenu de comparaître libre ou incarcéré ne peut être calculé. Ce qui, on en conviendra, laisse quelque peu insatisfaite une Commission chargée de mesurer la détention provisoire et ses effets »[1049]. Ce qui fit écrire à la commission parlementaire : « *La commission d'enquête ne peut que s'interroger elle aussi sur le raisons d'un tel flou statistique, d'autant qu'il pourrait contribuer à accréditer l'idée que l'importance du phénomène de l'erreur judiciaire serait volontairement masquée. En tout état de cause, il laisse supposer que nombre de placements en détention provisoire sont prononcés de façon un peu trop légère* »[1050].

La loi de 2007. Comme pour les lois précédentes, ce fut une volonté d'agir efficacement contre l'inflation des placements en détention provisoire qui anima le législateur à l'occasion de la loi « *équilibre de la procédure pénale* ». Devant l'Assemblée nationale, le 19 décembre 2006, le rapporteur, M. Guy Geoffroy s'en expliqua en ces termes : « *Le projet de loi prévoit également toute une série de mesures pour limiter la détention provisoire sans générer d'effets pervers – l'exigence d'une motivation plus précise, reposant sur des éléments circonstanciés du dossier ; la publicité des débats devant le juge des libertés et de la détention.* »[1051] Ou encore : « *De manière plus générale, les dispositifs prévus par le projet de loi contribuent sans doute plus efficacement à réduire la durée constatée de la détention provisoire. Le problème réside dans l'absence de fenêtres de publicité dans le code de procédure pénale actuel* »[1052]. La même idée peut se retrouver dans les débats au Sénat[1053].
Le législateur contemporain est donc revenu à l'idée initiale de Beaumetz : tout débat relatif à la privation de liberté doit entraîner, de droit, la publicité de l'audience, sans distinguer entre jugement sur le fond ou instruction.

[1049] Ministère de la justice, *Commission de suivi de la détention provisoire : rapport 2007*, Paris, La Documentation française, janvier 2008, p. 141.
[1050] Rapport parlementaire, op. cit., p. 245.
[1051] Assemblée nationale, 3e séance du 19 décembre 2006, J.O. du 20 décembre 2006, p. 9188.
[1052] *Ibid*., p. 9192.
[1053] Intervention de M. Jean-René Lecerf, Sénat, séance du 6 février 2007, J.0. du 7 février 2007, p. 1121.

Chapitre 2
La mise en œuvre
du principe de la publicité de l'audience

Plan. Le principe de la publicité des audiences pénales est prévu par la loi qui précise les conditions et les limites de sa mise en oeuvre (section 1). Face à la volonté du législateur de renforcer le principe de la publicité de l'audience dans la phase préparatoire du procès pénal, la jurisprudence, s'en tenant aux solutions traditionnelles, a largement atténué les dispositions légales ou a validé leur absence d'effectivité (section 2).

Section 1. La mise en œuvre légale du principe de publicité

Plan. Le caractère public ou non d'une audience peut être totalement imposé par loi sans possibilité d'intervention de quiconque (§1) La décision de la publicité ou non de l'audience peut aussi être abandonnée à la juridiction, à son président, voire aux parties elles-mêmes (§2).

§1. La publicité ou son absence posée de manière absolue par la loi

Plan. Certaines phases procédurales ne peuvent pas échapper au principe de publicité, alors même que la juridiction ou les parties le voudraient (A). D'autres ne peuvent pas être rendues publiques, alors même que la juridiction ou les parties le voudraient (B).

A. La publicité posée de manière absolue par la loi

L'audience publique en matière criminelle. Le principe de la publicité des débats devant la cour d'assises est posé à l'article 306 du Code de procédure pénale, qui dispose : « *Les débats sont publics à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* ». Une grande partie de la jurisprudence relative à la publicité des débats en matière criminelle s'est formée sous le régime du Code d'instruction criminelle, des lois du 24 août 1790 et du 20 avril 1810, et par les constitutions et chartes constitutionnelles successives.

Définition de l'audience en matière criminelle. La cour, qui existe avant le jury, se trouve constituée et dispose de pouvoirs propres dès lors que l'audience est ouverte[1054] : l'article 272-1 du Code de procédure pénale édicte : « *Dès le début de l'audience, la cour peut* […] *ordonner le placement de l'accusé sous contrôle judiciaire.* » L'article 293 du Code de procédure pénale dispose : « *Au jour indiqué pour chaque affaire, la cour prend séance et fait introduire l'accusé. Le jury de jugement est formé en audience publique* ».
L'audience débute, donc, à partir de l'instant où la cour s'est installée[1055] et fait entrer la personne poursuivie. Dans un arrêt de 1823[1056], la chambre de criminelle de la Cour de cassation a jugé que devait être sanctionnée par la cassation, l'absence de publicité des formalités « *antérieures à l'ouverture des débats* » devant une cour d'assises, c'est-à-dire dès

[1054] Cass. crim., 23 novembre 1977, Bull. crim. 1977, n° 366.
[1055] Le président indiquant généralement : « *L'audience est ouverte* », particulièrement si sont présents des photographes ou des cameramen afin de leur signifier qu'à partir de ce moment, conformément à l'article 38 ter de la loi de 1881 sur la liberté de la presse « *l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit* ». Souvent, donc, lorsqu'avec l'accord des magistrats, l'entrée de la Cour dans la salle d'audience est filmée, la prise d'images se poursuit quelques secondes alors que la cour est assise à sa place, la fin des prises de vue étant provoquée par la prise de parole du président déclarant l'audience ouverte. Cependant aucun texte, ni dans le Code d'instruction pénale, ni dans le Code d'instruction criminelle, n'a jamais obligé un président de cour d'assises à déclarer les débats ouverts.
[1056] Cass. crim., 12 décembre 1823, *S*. 1824.I.181.

l'ouverture de l'audience. L'audience se termine par le prononcé de la décision, qui dessaisit la juridiction.

Une restriction de la publicité aux seuls débats. L'article 306 du Code de procédure pénale n'évoque que « *les débats* », et non l'audience. Jusqu'en 1814, y compris donc sous l'empire de la version originale du Code d'instruction criminelle, la totalité de l'audience pénale était publique, sans aucune restriction possible[1057]. L'ajout de la Charte de 1814, dont l'article 306 de l'actuel Code de procédure pénale n'est sur ce point que la reprise des dispositions, a consisté à prévoir que les débats pouvaient ne pas être publics par l'extension à la matière pénale du huis clos qui existait déjà en matière civile. La Cour de cassation a cependant rapidement jugé que le huis clos constituait une « *dérogation facultative établie sur le principe de la publicité* »[1058]. Elle en a donc tiré la conclusion, sous l'empire de la Charte de 1814, que si « *la Charte permet de procéder à huis clos aux débats qui pourraient être dangereux pour l'ordre et les mœurs, cette exception ne peut pas être étendue au-delà de ses termes rigoureux, puisque la Charte, elle-même, consacre le principe de la publicité. »*[1059] Nous retrouvons la même position dans un arrêt de la chambre criminelle du 22 juillet 1839, rendu sur le fondement de la Charte constitutionnelle de 1830 [1060]. Dans un arrêt de 1986, alors que, cette fois, c'était le Code de procédure pénale qui s'appliquait, le raisonnement demeure le même[1061] : avant et après les débats, l'audience doit toujours être publique.

Définition des débats en matière criminelle. Le terme « *débats* » est apparu dans le Code des délits et des peines du 25 octobre 1795[1062]. Leur commencement était fixé à l'article 419, qui disposait : « *avant que les débats soient ouverts par la déposition du premier témoin inscrit sur la liste* ». Leur terme était constitué par la déclaration du président, prévue par l'article 373 du Code des délits et des peines, après que l'accusé ait eu l'occasion de s'exprimer en dernier : « *L'accusé n'ayant plus rien à dire pour sa défense, le président déclare que les débats sont terminés* »[1063].

[1057] Cass. crim., 17 mai 1810, Bull. crim. 1810, n° 68.
[1058] Cass. crim., 22 avril 1820, Bull. crim. 1820, n° 56.- Cass. crim., 30 août 1822, Bull. crim. 1822, n° 120.
[1059] Même arrêt.
[1060] Cass. crim., 26 avril 1839, Bull. crim. 1839, n° 202.
[1061] Cass. crim. 19 mars 1986, Bull. crim. 1986, n° 111.
[1062] Art. 366, 367, 372.
[1063] Art. 373.

Comme c'était le cas dans le Code des délits et des peines, le Code d'instruction criminelle a fixé le champ procédural des débats. Leur ouverture était toujours constituée par « *la déposition du premier témoin inscrit sur la liste* ». Ils se terminaient par la déclaration du président après que « *l'accusé ou son conseil* » ait eu la parole en dernier[1064].

La Cour de cassation n'a rien modifié concernant la clôture des débats, reprenant strictement l'énonciation des articles 335 et 336 du Code d'instruction criminelle pour indiquer : « *les débats sont terminés lorsque, après les dépositions des témoins et les dires respectifs des parties auxquels elles auront donné lieu, la partie civile ou son conseil, et le ministère public, ont été entendus sur les moyens de l'accusation, et que l'accusé a épuisé les moyens de défense sur cette accusation »*[1065] *; ou encore :* « l*es débats sont terminés lorsque après les dépositions des témoins et les dires respectifs auxquels elles auront donné lieu, la partie civile et son conseil et le procureur général ont été entendus sur les moyens de l'accusation, et que l'accusé ou son conseil a présenté sa défense* […] *tout ce qui* […] *suit, extrinsèque aux débats* […] *demeure soumis à la règle générale de la publicité* »[1066]

La Cour de cassation a admis cependant que le président de la cour d'assises puisse revenir sur sa déclaration de clôture, à condition de rouvrir les débats et de laisser la parole à la défense en dernier[1067].

En revanche, elle n'a pas suivi les énonciations de l'article 354 du Code d'instruction criminelle qui posait : « *Lorsqu'un témoin aura été cité et ne comparaîtra pas, la cour pourra, sur la réquisition du procureur général et avant que les débats soient ouverts par la déposition du premier témoin inscrit sur la liste, renvoyer l'affaire à la prochaine session* ». Dans un arrêt de rejet de 1816, elle a jugé que le huis clos pouvait être ordonné après le moment où les jurés ont prêté serment[1068], c'est-à-dire avant la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation et, donc, bien avant l'audition du premier témoin. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, il valait mieux suivre l'esprit de la Constitution que s'attacher à la lettre de la loi : « *les cours d'assises ont la faculté, lorsqu'elles le jugent convenable, d'ordonner que les débats auront lieu à huis-clos ; que de ce droit dérive nécessairement celui de déterminer le moment où le huis-clos devra commencer ; que les cours peuvent donc l'ordonner immédiatement après le serment prêté par les jurés, et*

[1064] Art. 335.
[1065] Cass. crim., 22 avril 1820, Bull. crim. 1820, n° 56.
[1066] Cass. crim., 22 avril 1820, Bull. crim. 1820, n° 56.- Cass. crim., 22 juin 1839, Bull. crim. 1839, n° 202.- Cass crim., 29 septembre 1859, Bull. crim. 1859, n° 228.
[1067] Cass. crim., 13 novembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 403.- Cass. crim., 8 décembre 1864, Bull. crim. 1864, n° 278.
[1068] Cass. crim., 11 janvier 1816, *D.* 1816.I.416.

conséquemment avant qu'il ait été procédé à la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation […] *ordonner que l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation qui contiennent les faits importants, les circonstances graves qui servent de base à l'accusation, seraient lus publiquement, eût été, de la part de la cour d'assises* […] *contrevenir à l'esprit de la Charte qui a voulu écarter des débats tout ce qui pourrait être dangereux pour l'ordre et pour les mœurs* » [1069]. En 1853, l'intégration de la lecture des actes de renvoi et d'accusation dans le débat était devenue une évidence pour la chambre criminelle : « *les débats comprenant le développement des charges et des moyens de justification, la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation qui contient l'énonciation des faits incriminés fait nécessairement partie des débats* »[1070].

Le Code de procédure pénale a repris à son compte cette jurisprudence. Selon son article 305, les débats devant la cour d'assises débutent lorsque le « *président déclare le jury définitivement constitué* »[1071]. L'article 347 du même code précise que les débats « *prennent fin lorsque le président les déclare terminés* »[1072].

La publicité de l'audience antérieure aux débats. Les actes judiciaires survenant à l'audience mais préalables à l'ouverture des débats de la Cour d'assises ne sont pas concernés par l'exception de huis clos, et sont placés sous une obligation absolue de publicité.

En matière criminelle, toutes les formalités, dont la prestation de serment des jurés, antérieures à la formation du jury, doivent avoir lieu publiquement à peine de nullité[1073]. La prestation de serment des jurés doit se dérouler publiquement et doit être formée selon la formule « *sacramentelle édictée par la loi* », à peine de nullité[1074]. Cette obligation de publicité s'applique même à certains actes préalables à l'audience, comme le tirage au sort, trente jours au moins avant l'ouverture des assises, des noms des quarante jurés formant la liste de session, et des douze suppléants formant la liste spéciale[1075].

[1069] Cass. crim., 17 avril 1834, Bull. crim. 1834, n° 112.- Même solution dans : Cass. crim., 4 septembre 1840, S. 1841.I.668.
[1070] Cass. crim., 4 août 1853, Bull. crim. 1853, n° 383.
[1071] Cass. crim., 12 mai 1965, Bull. crim. 1965, n° 137.- Cass. crim., 1er février 1989, Bull. crim. 1989, n° 44.
[1072] Cass. crim., 7 février 1967, Bull. crim. 1967, n° 55. L'article 347 du Code de procédure pénale a remplacé l'article 335 du Code d'instruction criminelle, qui disposait : « […] *La réplique sera permise à la partie civile et au procureur général ; mais l'accusé ou son conseil auront toujours la parole en dernier. Le président déclarera ensuite que les débats sont terminés* ».
[1073] Cass. crim., 12 décembre 1823, S.1824.I.181.
[1074] Cass. crim., 12 mars 1908, Bull. crim. 1908, n° 100.
[1075] Article 266 du Code de procédure pénale.

La publicité de la constitution du jury. La publicité de la constitution du jury a varié avec le temps. L'article 492 du code du 3 brumaire an IV avait établi le principe d'un tirage au sort public[1076], à peine de nullité[1077]. Il n'a pas été repris dans le Code d'instruction criminelle, puisqu'on peut y lire, à l'article 399 que « *l'appel des jurés* » devait se dérouler « *avant l'ouverture de l'audience, en leur présence, et en présence de l'accusé et du procureur général* ». Dans cette version initiale, donc, la formation du jury de jugement ne se déroulait pas publiquement, puisqu'il ne se déroulait même pas à l'audience. Victor Dalloz présentait cette particularité comme une contrepartie à l'introduction du droit de récusation dans la procédure : l'absence de la publicité étant destinée à ménager les susceptibilités des citoyens récusés[1078].

La jurisprudence de la Cour de cassation a ramené, de fait, cette phase procédurale dans l'audience publique en refusant d'annuler le tirage au sort et les récusations des jurés réalisées à l'audience publique[1079], avant de préciser que « *la publicité de cette opération ne peut causer aucun préjudice à l'accusé, qu'elle ne peut donc, en aucun rapport, en faire prononcer l'annulation.* »[1080] La possibilité de cette « *erreur* » procédurale avait été renforcée par les effets de la loi du 28 avril 1832, qui avait modifié l'article 393 du code d'instruction criminelle pour exiger du président de la cour d'assises qu'il complète à l'audience publique, au jour indiqué du jugement de chaque affaire, les jurés supplémentaires devant compléter les listes soumises au tirage au sort destiné à former le jury de jugement. Par ailleurs, un décret du 7 août 1848 avait inséré à l'article 388 du Code d'instruction criminelle, l'obligation d'un tirage au sort public de la liste générale du jury, à peine de nullité[1081]. En 1865, la Cour de cassation jugeait au sujet de la formation du jury hors de l'audience publique : « *s'il est désirable, dans l'intérêt de la dignité du jury et de la liberté des récusations, et si d'ailleurs il est conforme au texte et à l'esprit dudit article 399 que le tirage du jury de jugement ait lieu, non en audience publique, mais avant l'audience, c'est-à-dire en la chambre du conseil, il faut néanmoins reconnaître, d'une part, que la loi n'a point attaché la peine de nullité à*

[1076] « *Chaque décadi, le directeur du jury d'accusation* […] *fait tirer publiquement au sort* […] *les huit citoyens qui devront, le décadi suivant, former le jury d'accusation* ». L'article 273 du code de Brumaire déclarait que le président du tribunal criminel était chargé de « *tirer au sort* » les jurés de jugement, mais le texte ne précisait pas quelle procédure il devait employer et n'évoquait pas la publicité de cette opération.

[1077] Article 525.- Cass. crim., 6 floréal an XIII, Bull. Crim. An XIII, n° 124.- Cass. crim., 14 germinal an XIII, Bull. crim. An XIII, n° 112.- Cass. crim., 3 décembre 1807, Bull. crim. 1807, n° 254.- Pour une nullité en raison de l'absence de publicité du tirage au sort du jury d'accusation : Cass. crim., 26 fructidor an XIII, Bull. crim. An XII, n° 211.

[1078] DALLOZ Victor, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, vol. 4, Paris, Smith, 1826, p. 328.

[1079] Cass. crim., 10 janvier 1833, *D.* 1833.I.352.

[1080] Cass. crim., 3 décembre 1836, *S.* 1838.I.82.

[1081] Cass. crim., 19 novembre 1851, Bull. crim. 1851, n° 182.

l'inexécution de cette prescription, et, de l'autre, que cette publicité, assurant une garantie de plus à l'accusé, ne saurait être signalé par lui à titre de grief »[1082], ajoutant même en 1867 : « *la publicité, loin de vicier le tirage au sort du jury, est une garantie de plus de la régularité, et ne peut entraîner aucune nullité* ».[1083]

Il a fallu, toutefois, attendre le Code de procédure pénale, en 1958, pour que la formation du jury prenne place à l'audience puisque l'ordonnance du 20 avril 1945 a validé la formulation de la loi du 25 novembre 1941[1084] qui avait perpétué la composition des jurys en dehors de l'audience publique. Le Code de procédure pénale prévoit à son article 293 que « [l]*e jury de jugement est formé en audience publique* ». Ces dispositions sont substantielles[1085], leur inexécution ou leur absence de constat[1086] entraîne la nullité de la procédure[1087]. Le principe vaut également pour les juridictions pour mineurs[1088].

Cette publicité de la constitution du jury a accompagné une autre évolution : sa démocratisation. L'établissement des listes de jurés par tirage au sort date seulement de 1978[1089]. Le Code de procédure pénale lui-même n'avait pas rompu en 1958 avec le principe antérieur d'un choix discrétionnaire, sévèrement encadré par l'Exécutif. Une loi de 1967, pour la région parisienne, continuait, ainsi, d'organiser une désignation de la liste des jurés d'assises par arrêté préfectoral[1090]. Cette période étant terminée, la publicité du tirage au sort des jurés et de la constitution des jurys s'entend donc, aujourd'hui, comme le contrôle par le public d'une disposition traduisant le principe de souveraineté populaire.

Dans un arrêt de 1970, la Cour de cassation a jugé que la prestation de serment du jury était le « *dernier acte substantiel de la constitution du jury* » et que ce serment[1091] devait, à peine de nullité, être prêté publiquement[1092]. La formation du jury de jugement en audience publique est d'ordre public[1093]. L'appel des jurés[1094], le tirage au sort du jury de jugement[1095] et le

---

[1082] Cass. crim., 14 septembre 1865, Bull. crim. 1865, n° 182.
[1083] Cass. crim., 18 avril 1867, Bull. crim. 1867, n° 91.- Dans le même sens : Cass. crim., 11 mai 1872, Bull. crim. 1872, n° 91.
[1084] Qui a fait entrer le président de la cour d'assises en salle de délibération.
[1085] Cass. crim., 18 novembre 1970, Bull. crim. 1970, n° 301.
[1086] Cass. crim., 4 mai 1977, Bull. crim. 1977, n° 154.
[1087] Cass. crim., 26 juillet 1965, Bull. crim. 1965, n° 187.
[1088] Cass. crim., 22 novembre 1972, Bull. crim. 1972, n° 354.- Cass. crim., 8 août 1981, Bull. crim. 1981, n° 242.
[1089] Loi n° 78-788 du 28 juillet 1978, J.O. du 29 juillet 1978, p. 2936.
[1090] Loi n° 67-557 du 12 juillet 1967, J.O. du 13 juillet 1967, p. 7012.
[1091] La solution de 1970 est ancienne. Le serment du jury est une « *formalité substantielle que rien ne peut suppléer* » : Cass. crim., 10 décembre 1831, *S.*1832.I.36.- La non prestation du serment entraîne la nullité de tout ce qui suit : Cass. crim., 1er mars 1816, *S.*1817.II.313.- La prestation de serment doit être constatée, à peine de nullité, dans le procès verbal : Cass. crim., 14 septembre 1820, *S.*1821.I.22.- Cass. crim., 12 février 1825, *D.* 1825.I 214.- Cass. crim., 4 mai 1977, Bull. crim. 1977, n° 154.
[1092] Cass. crim., 18 novembre 1970, Bull. crim. 1970, n° 301.
[1093] Cass. crim., 4 mai 1977, Bull. crim. 1977, n° 154.

serment de celui-ci doivent se dérouler en audience publique[1096]. Il n'y a pas d'exception à cette règle.

La publicité de l'audience postérieure aux débats. Dès que les débats sont terminés, il n'est plus possible de priver l'audience de publicité. Le huis clos pouvant être décidé pour une partie seulement des débats, la publicité doit être constatée, à peine de nullité, dès le retour à la publicité de l'audience[1097] ; *« la règle générale de la publicité est, exclusivement, restreinte à la durée des débats* […] *et attendu, que* […] *l'audience* […] *n'a été rendue publique que lors de la prononciation de l'arrêt de condamnation, et par conséquent pour la partie de l'audience qui a eu lieu depuis la clôture des débats jusqu'à la prononciation de l'arrêt de condamnation, il n'y a pas eu de publicité constatée ; d'où il résulte une violation de la règle générale sur la publicité des jugements.* »[1098]

En matière criminelle, les actes prévus à la section IV, intitulée « [d]*e la clôture de débats et de la lecture des questions* » relative à la procédure devant la cour d'assises, sont énoncés dans le cadre d'une procédure publique.

La publicité de l'audience doit donc être rétablie, en matière criminelle, pour la lecture des questions. Cette prévision s'applique également à la cour d'assises des mineurs. Si dans un premier temps, la Cour de cassation avait décidé que cette lecture devait se réaliser sous le régime de la publicité restreinte[1099], ce point a connu un revirement de jurisprudence, qui est désormais constante[1100]

La publicité de l'audience correctionnelle et de police. L'article 400 du Code de procédure pénale dispose, pour les tribunaux correctionnels, que « [l]*es audiences sont publiques. Néanmoins, le tribunal peut, en constatant que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers, ordonner, par*

[1094] L'appel, en présence de l'accusé, des jurés et le dépôt dans l'urne du nom de chaque juré répondant à l'appel, constituent des formalités substantielles au droit de la défense : Cass. crim., 13 septembre 1894, *D*.1899.I.295.
[1095] Cass. crim., 4 mai 1977, Bull. crim 1977, n° 154.
[1096] Cass. crim., 8 août 1981, Bull. crim. 1981, n° 242.- Dans le même sens : Cass. crim., 22 décembre 1962, Bull. crim. 1962, n° 390.- Cass. crim., 22 novembre 1972, Bull. crim. 1972, n° 354 : « *Attendu qu'en l'espèce la procès verbal de formation de jury de jugement ne constate pas qu'il a été procédé en audience publique à cette opération antérieure à l'ouverture des débats* […] *Attendu que le procès verbal des débats relatant le serment des jurés ne précise pas non plus que l'audience était publique pour l'accomplissement de cette dernière formalité* […] *casse et annule…* »
[1097] Cass. crim., 13 novembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 403.
[1098] Cass. crim., 20 août 1829, *D*.1829.I.342.
[1099] Cass. crim., 7 janvier 1964, Bull. crim. 1964, n° 11.
[1100] Cass. crim., 7 février 1967, Bull. crim. 1967, n° 55.- Cass. crim., 22 avril 1977, Bull. crim. 1977, n° 128.

jugement rendu en audience publique que les débats auront lieu à huis clos »[1101]. Cet article s'applique au tribunal de police et à la juridiction de proximité, par renvoi de l'article 535 du Code de procédure pénale. L'audience débute par l'appel de la cause par le tribunal. Elle se termine par le prononcé de la décision. La possibilité de huis clos est limitée aux seuls débats.

La publicité de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Le premier alinéa de l'article 495-9 du Code de procédure pénale dispose que lorsque, assistée de son conseil, une personne accepte la ou les peines proposées dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation. Cette audience d'homologation doit se dérouler publiquement, comme l'a décidé le Conseil constitutionnel[1102].

La circulaire du 2 septembre 2004[1103] de présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité précise : « *Il résulte* […] *clairement, tant de la décision du Conseil constitutionnel que de la nécessaire cohérence de notre procédure pénale, que le Procureur de la République pourra demander que la présentation devant le président ou le juge délégué ne soit pas publique dans des cas où, en application de l'article 400 du code de procédure pénale, l'audience devant le tribunal correctionnel aurait pu se tenir à huis clos, parce que la publicité serait dangereuse pour l'ordre ou pour les mœurs* »[1104].

Nous devons cependant avouer que nous ne partageons pas la clarté de cette analyse. D'une part, depuis la loi du 9 mars 2004, la restriction à la publicité de l'article 400 du Code de procédure pénale n'est plus fondée sur « *l'ordre ou les mœurs* », puisque cette formule, relative à la procédure devant la cour d'assises, est désormais limitée à l'article 306 du même code. D'autre part, l'article 400 dispose : « *Les audiences sont publiques* […] *le tribunal peut ordonner* […] *que les débats auront lieu à huis clos* ». L'article 400 ne prévoit pas, comme l'affirme la circulaire, que « *l'audience devant le tribunal correctionnel* » peut « *se dérouler à huis clos* », mais que les débats, qui ne sont qu'une partie de l'audience et non l'audience tout entière, peuvent se dérouler à huis clos. Evidemment, dès lors que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se caractérise par l'absence de débats,

[1101] Cass. crim., 17 septembre 2008, Bull. crim. 2008, n° 193.
[1102] Décision n° 2004-292 DC du 2 mars 2004.
[1103] Circulaire Crim-04-12-E8-02.09.04
[1104] *Ibid*., p. 26.

la question peut tout de même se poser de savoir sur quoi, exactement, va porter la restriction ? Il pourrait être soutenu qu'une fois l'affaire appelée en audience publique, la phase de vérification de « *la réalité des faits* » et de « *leur qualification juridique* » par le juge, prévue par l'article 495-9 du code de procédure pénale, fait partie des débats, selon le même raisonnement qui a conduit la Cour de cassation au début du XIXe siècle, a inclure la lecture de l'arrêt de renvoi dans ceux-ci. Cependant, il n'existe pas de jurisprudence sur ce point.

La publicité des débats pendant l'instruction. Elle est de droit pour ce qui concerne le contentieux portant sur la détention provisoire, l'examen de l'ensemble de la procédure d'information prévu à l'article 221-3 du Code de procédure pénal, et l'audience spéciale de la chambre de l'instruction relative aux débats portant sur une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental[1105]. Cette dernière audience emprunte son régime à la procédure de jugement devant la cour d'assises par un renvoi à l'article 306 du Code de procédure pénale. Pour les débats relatifs au contentieux de la détention prévus par les articles 145, 199 et 221-3 du Code de procédure pénale, une procédure en chambre du conseil peut être demandée, avant l'ouverture des débats, par le ministère public, le mis en examen, la partie civile ou les avocats, ce qui distingue cette procédure de celle suivie devant les juridictions de jugement. Trois motifs peuvent motivés la restriction de publicité : une entrave possible aux investigations rendues nécessaires par l'instruction ; une atteinte à la présomption d'innocence, à la sérénité des débats, à la dignité des personnes ou aux intérêts d'un tiers ; une enquête portant sur des faits de criminalité ou de délinquance organisée visés à l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

La publicité de l'audience de la Cour de cassation. Le principe de la publicité des audiences s'appliquent devant la Cour de cassation sur le fondement de l'article 601 du Code de procédure pénale. Par renvoi implicite aux articles 400 et 306 du Code de procédure pénale, la restriction de la publicité se limite aux débats. Donc le reste de l'audience est toujours publique.

La décision n'existe pas avant son prononcé. En déclarant que c'est le prononcé en audience publique qui fait la décision judiciaire, nos lois modernes règlent un problème qui avait agité la doctrine avant 1789. Dans le droit d'Ancien régime, la décision existait à l'issue

[1105] Art. 706-122 du Code de procédure pénale.

de la délibération. Interrogé à ce sujet, d'Aguesseau, dans une lettre du 3 novembre 1736, avait renvoyé à un arrêt de règlement du Parlement de Paris, en date du 10 mai 1707, selon lequel un jugement, pas encore prononcé à l'audience, était réputé définitif dès lors qu'il était signé par le rapporteur et le président. Il était encore possible de revenir dessus avant l'audience, mais une telle réformation nécessitait que tous les magistrats ayant participé à la décision eussent donné leur accord[1106].

Après 1789, ce raisonnement ne peut plus trouver à s'appliquer : « *tout jugement délibéré dans la chambre du conseil, doit être prononcé à l'audience : il doit même l'être à l'instant physique qui suit précisément celui où il a été délibéré ; et si, dans la pratique, il ne l'est pas toujours aussitôt, la loi, pour voiler cette irrégularité, feint qu'il n'a été délibéré qu'immédiatement avant sa prononciation. Dès lors, il est clair que, tant qu'il n'est pas prononcé, il est censé ne pas exister ; et cette conséquence en amène nécessairement une autre : c'est que, tant qu'il n'est pas prononcé, il peut être changé* », commentait Merlin[1107].

L'article 306 du Code de procédure pénale dispose : « *L'arrêt sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique* ». L'article 400 prévoit : « *Le jugement sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique* ». L'article 601, concernant la Cour de cassation, renvoie à ces règles. L'absence de prononcé public de la décision entraîne sa nullité[1108]. Nous pourrions aussi soutenir que faute de prononcé public, il n'y a rien à annuler mais seulement à constater l'inexistence de toute décision. Le jugement non prononcé est inexistant. Il doit être prononcé en respectant les formalités substantielles, dont celle de la publicité, exigées par la loi[1109].

Les arrêts incidents. Le raisonnement exposé ci-dessus valait pour les arrêts incidents, y compris lorsque ceux-ci survenaient dans une phase de l'audience à huis clos : « *l'exception établie par la loi, pour les cas où la publicité serait dangereuse pour l'ordre et pour les mœurs, ne peut être étendue aux arrêts qui statuent sur les incidents élevés dans le cours des*

[1106] D'AGUESSEAU Henri François, *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, vol. 12, Paris, Fantin, 1819, p. 118. Il ajoutait que cette solution avait été retenue par le roi de France dans une déclaration de 1724 devant servir de règlement au Parlement de Bretagne.

[1107] MERLIN Philippe Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., vol. 8, Paris, Garnery, 1827, p. 758.- Cass. crim., 17 messidor an VII, Bull. crim. An VII, n° 487 : annulation d'une décision du tribunal criminel de la Meurthe, qui n'a pas été prononcée publiquement.- Même solution : Cass. crim., 12 nivôse an VII, Bull. crim. An VII, n° 80.- Cass. civ., 22 brumaire an VII, Bull. civ. An VII, n° 44 : « *tous les jugements doivent être prononcés publiquement et à l'audience* ».

[1108] Cass. crim., 17 mai 1810, Bull. crim. 1810, n° 68.- Cass. crim., 18 septembre 1823, Bull. crim. 1823, n° 129.- Cass. crim., 1er février 1882, Bull. crim. 1882, n° 261.- Cass. crim., 20 juin 1908, Bull.crim. 1908, n° 262.- Cass. crim., 7 novembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 275.

[1109] Cass. crim., 5 juin 1890, Bull. crim. 1890, n° 118.- Cass. crim., 5 janvier 1908, Bull. crim. 1908, n° 37.

débats, puisque la publicité de ces arrêts ne peut, dans aucun cas, être considérée comme dangereuse pour l'ordre ou les mœurs »[1110]. Les exemples d'annulation d'une décision fondée sur ce moyen sont très nombreux[1111]. La publicité était obligatoire pour le prononcé de l'arrêt, pas pour les débats sur un incident contentieux[1112]. L'irrégularité pouvait, en outre, être effacée à l'audience par le prononcé public de l'arrêt qui n'avait pas, dans un premier temps, été rendu publiquement[1113]. Toutefois, les ordonnances rendues par le président de la cour d'assises en vertu de son pouvoir discrétionnaire et les décisions non contentieuses ne figuraient pas parmi les jugements ou arrêts devant être rendus publiquement, même pendant une période de huis clos[1114]. Le Code de procédure pénale a rompu avec la jurisprudence classique de la Cour de cassation en posant en matière criminelle : « *Lorsque le huis clos a été ordonné, celui-ci s'applique au prononcé des arrêts qui peuvent intervenir sur les incidents contentieux visés à l'article 316* »[1115]. La solution est identique pour le tribunal correctionnel, le tribunal de police et la juridiction de proximité : « *Lorsque le huis clos a été ordonné, celui-ci s'applique au prononcé des jugements séparés qui peuvent intervenir sur des incidents ou exceptions ainsi qu'il est dit à l'article 459, alinéa 4* »[1116]. Ces règles s'appliquent devant la Cour de cassation, par renvoi de l'article 601 du Code de procédure pénale.

Les arrêts incidents des juridictions pour mineurs. L'ordonnance de 1945 ordonne le prononcé public des décisions rendues par les juridictions pour mineurs, mais ne présente pas les mêmes dispositions relativement aux arrêts incidents que les articles 306 et 400 du Code de procédure pénale. Les arrêts incidents, rendus dans le cadre de l'article 316 du Code de procédure pénale par une cour d'assises des mineurs, doivent donc être rendus publiquement à

[1110] Cass. crim., 16 juin 1853, Bull. crim. 1853, n° 212.- Cass. civ., 2 nivôse an VII, Bull. crim. An VII, n° 72 : « *les jugements n'ont d'existence légale que du jour de leur prononciation* ».

[1111] Par exemple : Cass. crim., 28 janvier 1836, Bull. crim. 1836, n° 32.- Cass. crim., 19 mars 1840, Bull. crim. 1840, n° 83.- Cass. crim., 22 juillet 1852, Bull. crim. 1852, n° 240.

[1112] Cass. crim., 4 septembre 1890, Bull. crim. 1890, n° 183.- Cass. crim., 28 juillet 1864, Bull. crim. 1864, n° 278 : « *en règle générale, les arrêts doivent être rendus publiquement ; que néanmoins, cette garantie n'est réellement nécessaire qu'au cas où ces arrêts, statuant sur un droit prétendu et contesté, vident un incident contentieux* ».

[1113] Cass. crim. 20 janvier 1844, Bull. crim. 1844, n° 26 : « *Attendu que le juge, gardien de la loi, doit veiller soigneusement à l'accomplissement des formalités qu'elle prescrit ; qu'il doit surtout être attentif à faire jouir les accusés des garanties qu'elle lui a données ; que, s'il lui arrive d'omettre une formalité substantielle, cette irrégularité ne constitue pas un droit acquis, lequel ne se forme que par la décision qui intervient à la suite d'un litige sur des prétentions contraires ; que le retour à l'observation de la loi étant toujours favorable, tant que la mission du juge n'est pas terminée, et qu'il n'a pas définitivement statué sur l'affaire au jugement de laquelle il procède, il est encore temps de réparer l'erreur qu'il a commise, et de rentrer dans les voies légales* ».- Même sens : Cass. crim., 3 avril 1818, Bull. crim. 1818, n° 49.

[1114] Cass. crim., 6 avril 1854, D.1854.IV.620.

[1115] Art. 306 du Code de procédure pénale.

[1116] Art. 400 du Code de procédure pénale.

peine de nullité[1117]. Cette obligation ne vaut pas pour les arrêts relatifs à des incidents non contentieux[1118]. En revanche, dès que le huis clos est prononcé, ce régime se substitue à celui de la publicité restreinte et les arrêts incidents n'ont plus à être prononcés publiquement[1119].

B. L'absence de publicité posée de manière absolue par la loi

La chambre du conseil. La chambre du conseil est une salle où se déroulent les audiences non publiques. Ce terme peut désigner toute sorte de lieu, à commencer par le bureau d'un juge[1120], dès lors que la confidentialité des propos qui y sont tenus est assurée. Il est également utilisé pour désigner la pièce où se réunissent, hors de vue et d'écoute du public, les membres d'une juridiction pour délibérer[1121]. Dans ce dernier cas, l'usage retient aussi le terme « *salle des délibérés* », particulièrement pour la procédure criminelle.
La procédure « *en chambre du conseil* » édicte des règles plus strictes que celles à « *huis clos* » ou « *à publicité restreinte* » : l'accès à la chambre du conseil est interdite à toute personne étrangère à la juridiction ou non concernée par l'affaire, y compris les avocats qui ne sont pas les avocats des parties[1122].

Les audiences en chambre du conseil. La loi prévoit une procédure en chambre du conseil, sans possibilité de décision autorisant l'ouverture au public[1123], dans les cas suivants :

- Placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence sous surveillance électronique[1124] ;
- Contentieux relatif aux certificats de cautionnement réalisés par le greffe[1125].

[1117] Cass. crim., 15 décembre 1965, Bull. crim. 1965, n° 624.- Cass. crim., 11 mai 1988, Bull. crim. 1988, n° 210.
[1118] Cass. crim., 23 décembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 354.- Cass. crim., 3 juillet 1974, Bull. crim. 1974, n° 248.
[1119] Cass. crim., 23 mars 1966, Bull. crim. 1966, n° 112.- Cass. crim., 28 février 1973, n° 103.
[1120] La formulation « *d'audience de cabinet* » peut alors aussi être utilisée. Par exemple : art. 145 du Code de procédure pénale, 7e alinéa.
[1121] Par exemple, art. 613 du Code de procédure pénale : « *Dans tous les cas où la Cour de cassation est autorisée à choisir une cour ou un tribunal pour le jugement d'une affaire renvoyée, ce choix ne peut résulter que d'une délibération spéciale prise immédiatement en la chambre du conseil ; il en est fait mention expresse dans l'arrêt* ».
[1122] Cass. crim., 27 novembre 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 90-85665- Cass. crim. 14 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 412.
[1123] Le principe de décision prises sous le régime du secret externe existait déjà avant 1810, alors que la publicité était de droit pour les audiences pénales, sans exception possible. Cependant, les demandes de grâce pour les brigands, condamnés à mort mais qui avaient aidé la justice, devaient demeurer discrètes : Cass. crim., 16 pluviôse an XIII, Bull. crim. An XIII, n° 82.
[1124] Art. 394 du Code de procédure pénale.

- Contentieux relatif à la qualité d'officier de police judiciaire[1126] ;
- Contentieux relatif à la décision prise par le ministère public de non restitution d'objets saisis[1127] ;
- Contentieux relatif à l'exécution des décisions prononcées par les juridictions répressives[1128] ;
- Débat et décision relatifs à une demande de confusion totale ou partielle de peines de même nature[1129] ;
- Décisions relatives à l'aménagement des peines privatives de liberté (placement à l'extérieur, semi-liberté, fractionnement et suspension des peines, placement sous surveillance électronique, libération conditionnelle)[1130] ;
- Décision relatives à l'aménagement des peines non privatives de liberté[1131] ;
- Débats devant le tribunal de l'application des peines, et la décision de celui-ci[1132] ;
- Débats relatifs à l'action en dommages-intérêt contre un plaignant d'une personne ayant bénéficié d'un non-lieu, ou visée par la plainte dans une affaire qui s'est terminée par un non-lieu. Le jugement, toutefois, est rendu en audience publique et peut même faire l'objet d'une publication[1133] ;
- Débats relatifs à l'opposition à la publicité, ainsi que la décision à ce sujet, pour le contentieux relatif à la détention provisoire devant la chambre de l'instruction[1134] ;
- Audience devant le juge des libertés et de la détention relatif au placement en détention provisoire le temps de réunir une juridiction pour statuer dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate[1135] ;
- Demande présentée en vue d'être relevé des interdictions, déchéances, incapacités ou mesure de publication[1136] ;
- Modification ou levée de la mesure de sûreté ordonnée après une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental[1137] ;

[1125] Art. R23-2 du Code de procédure pénale.
[1126] Art. 16-3 du Code de procédure pénale.
[1127] Art. 41-4 du Code de procédure pénale.
[1128] Art. 711 du Code de procédure pénale.
[1129] Renvoi implicite aux articles 710 et 711 du Code de procédure pénale par l'article 132-4 du Code pénal.
[1130] Art. 712-6, D49-17-1, D49-18, D49-42 du Code de procédure pénale.
[1131] Art. 708 du Code de procédure pénale.
[1132] Art. 712-7 du Code de procédure pénale.
[1133] Art. 91 du Code de procédure pénale.
[1134] Art. 221-3 et du Code de procédure pénale.
[1135] Art. 396 du Code de procédure pénale.
[1136] Art. 703 du Code de procédure pénale.
[1137] Art. 706-137 du Code de procédure pénale.

- Débats devant la commission d'indemnisation au fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions avant qu'il ait été statué sur l'action publique[1138] ;
- Débats et décision relatifs à la rectification du casier judiciaire après constat de la fausse identité d'une personne condamnée[1139] ;
- Procédure relative aux « *erreurs purement matérielles* »[1140] ou aux « *rectifications auxquels peuvent donner lieu les arrêts de la cour d'assises* »[1141] ;
- Débats et décision sur le contentieux relatif à une réhabilitation de droit ou l'interprétation d'une loi d'amnistie[1142]. A ce sujet, et dans un arrêt aujourd'hui un peu ancien, la Cour de cassation a cassé un arrêt au motif qu'il avait été rendu publiquement[1143].

En revanche, les décisions de la Cour de cassation relatives au contentieux concernant l'application des articles 710, 711 et 778 du Code de procédure pénale font l'objet d'une audience publique[1144].

L'ordonnance du 2 février 1945 prévoit la possibilité, pour le juge des enfants, de rendre des jugements par ordonnance[1145]. Le juge peut : « *-1° Soit relaxer le mineur s'il estime que l'infraction n'est pas établie ;-2° Soit, après avoir déclaré le mineur coupable, le dispenser de toute autre mesure s'il apparaît que son reclassement est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé, et en prescrivant, le cas échéant, que cette décision ne sera pas mentionnée au casier judiciaire ;-3° Soit l'admonester ; -4° Soit le remettre à ses parents, à son tuteur, à la personne qui en avait la garde ou à une personne digne de confiance ; -5° Soit prononcer, à titre principal, sa mise sous protection judiciaire pour une durée n'excédant pas cinq années dans les conditions définies à l'article 16 bis ; -6°*

[1138] Art. 706-7 du Code de procédure pénale.
[1139] Art. 778 du Code de procédure pénale.
[1140] Art. 710, al.1, du Code de procédure pénale. Cette procédure de rectification n'est pas applicable aux ordonnances rendues par le juge des libertés et de la détention : Cass. crim., 3 juin 2003, Bull. crim. 2003, n° 112.
[1141] Art. 710, al. 2, du Code de procédure pénale.
[1142] Art. 778, al. 3, du Code de procédure pénale.
[1143] Cass. crim., 13 février 1963, Bull. crim. 1963, n° 73.- En l'espèce, il s'agissait de l'application de l'article 778 du Code de procédure pénale à un contentieux relatif à la portée d'une loi d'amnistie.- La Cour de cassation a également jugé que l'article 778 ne portait pas atteinte au principe de la pluralité de juridiction des cours d'assises et que, saisie d'une requête aux fins d'amnistie, elles avaient le devoir de statuer et ne pouvait renvoyer le contentieux à une juridiction spécialisée : Cass. crim., 4 novembre 1964, Bull. crim. 1964, n° 285.
[1143] Cass. crim., 27 février 1969, Bull. crim. 1969, n° 103.
[1144] Outre la jurisprudence évoquée précédemment, citons, par exemple, Cass. crim., 8 octobre 1984, Bull. n° 289.- Cass. crim., 2 mai 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 06-87853.- Cass. crim., 15 juin 2004, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-81547.
[1145] Art. 8.

Soit le placer dans l'un des établissements visés aux articles 15 et 16, et selon la distinction établie par ces articles ; -7° Soit prescrire une mesure d'activité de jour dans les conditions définies à l'article 16 ter ». Dès lors que le choix d'une décision du juge des enfants par voie d'ordonnance a été arrêté, les débats se déroulent et le jugement est prononcé en chambre du conseil. La cour d'appel statue sur l'appel des décisions du juge des enfants et du tribunal pour enfants « *dans les mêmes conditions qu'en première instance* »[1146]. Les débats et la décision en appel concernant une ordonnance du juge des enfants se dérouleront donc en chambre du conseil, même si l'appel ne porte que sur l'action civile[1147]

La procédure simplifiée de jugement des contraventions. Toute contravention de police, même commise en état de récidive, peut être soumis à la procédure simplifiée prévue à l'article 524 du Code de procédure pénale[1148]. L'ordonnance pénale est rendue sans débat préalable et n'a pas à être motivée par le juge qui la rend[1149]. La procédure est écrite et il n'y a pas d'audience publique puisqu'il n'y a pas d'audience. L'article 525 précise que si le juge estime qu'un débat contradictoire est nécessaire ou qu'une autre peine qu'une peine d'amende doit être prononcée il a la possibilité de renvoyer le dossier pour demander au ministère public des poursuites dans les formes ordinaires. La procédure simplifiée de jugement des contraventions a été instituée par une loi du 3 janvier 1972[1150], l'audience publique ayant alors été sacrifiée au nom de l'efficacité, puisque les tribunaux de police étaient submergées[1151].

Au cours de la seule année 1968, 600.000 jugements avaient dû être rendus publiquement, selon la forme ordinaire, par cette juridiction. Les trois quarts concernaient des contraventions à la réglementation sur le stationnement des véhicules, ce qui représentait des rôles quotidiens pouvant aller jusqu'à…. 3.000 dossiers[1152]. L'efficacité de cette procédure, cependant, s'appuie sur l'abandon du principe du contradictoire, de la publicité de l'audience et de la motivation de la décision. Toutefois les articles 527 et 528 du Code de procédure pénale

[1146] Même article.
[1147] Cass. crim., 18 septembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 323.
[1148] Les seules exceptions sont les contraventions prévues par le Code du travail, les affaires dans lesquelles le prévenu était mineur au moment des faits et celles dans lesquelles la victime a fait citer directement le prévenu avant que l'ordonnance pénale n'ait été rendue.
[1149] Art. 526 du Code de procédure pénale.
[1150] Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contravention.
[1151] Assemblée nationale, Intervention de Raymond Zimmermann, rapporteur de la commission des Lois, 2e séance du 2 décembre 1971, J.O. du 3 décembre 1971, p. 6322.
[1152] *Ibid.*, p. 6323.

permettent un recours en opposition qui ouvre droit à une audience publique devant le tribunal de police.

L'amende forfaitaire. L'article 529 du Code de procédure pénale dispose que « [p]*our les contraventions des quatre premières classes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, l'action publique est éteinte par le paiement d'une amende forfaitaire qui est exclusive de l'application des règles de la récidive.* »[1153] Ce texte, dont l'esprit est issu de la même loi que celle qui a créé l'ordonnance pénale en 1972[1154], organise également une procédure simplifiée. Ce principe a été renforcé par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, qui prévoit que faute d'une requête tendant à l'exonération présentée dans un délai de trente jours, « *l'amende forfaitaire est majorée*[1155] *de plein droit et recouvrée au profit du Trésor public en vertu d'un titre rendu exécutoire par le ministère public.* »[1156] L'article 530 du Code de procédure pénale ouvre, cependant, une période de dix jours à partir de l'envoi de l'avertissement invitant le contrevenant à payer l'amende majorée qui permet à l'intéressé de former auprès du ministère public une réclamation qui a pour effet d'annuler le titre exécutoire[1157]. L'article 529-10 du Code de procédure pénale soumet, en effet pour cette situation, la validité de la saisine du tribunal de police à la production d'un document établissant, pour la période des faits, l'existence d'un dépôt de plainte pour vol, destruction du véhicule ou usurpation de plaques d'immatriculation ; ou l'identification de la personne présentée comme étant le conducteur au moment des faits si cette personnes n'est pas le titulaire du certificat d'immatriculation, ou le dépôt d'une consignation égale à l'amende

[1153] Ce texte ne prive pas le ministère public de l'exercice de son action dans le cadre du droit commun : Cass. crim., 12 mars 2002, Bull. crim. 2002, n° 61.
[1154] La loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 avait créé une « *amende forfaitaire* ».
[1155] A l'inverse, pour certaines contraventions de deuxième, troisième et quatrième classes relatives au code de la route, l'amende est minorée si son règlement est rapide : articles 529-7 et 529-8 du Code de procédure pénale.
[1156] Article 529-2 du Code de procédure pénale.
[1157] « *S'il s'agit d'une contravention au code de la route, la réclamation n'est toutefois plus recevable à l'issue d'un délai de trois mois lorsque l'avis d'amende forfaitaire majorée est envoyé par lettre recommandée à l'adresse figurant sur le certificat d'immatriculation du véhicule, sauf si le contrevenant justifie qu'il a, avant l'expiration de ce délai, déclaré son changement d'adresse au service d'immatriculation des véhicules ; dans ce dernier cas, le contrevenant n'est redevable que d'une somme égale au montant de l'amende forfaitaire s'il s'en acquitte dans un délai de quarante-cinq jours, ce qui a pour effet d'annuler le titre exécutoire pour le montant de la majoration* ».

forfaitaire réclamée[1158]. Un système comparable, avec des délais différents, est en vigueur concernant les infractions à la police des services publics de transports terrestres[1159].

L'article 530-1 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas de condamnation par le tribunal de police, l'amende prononcée ne pourra pas être inférieure à l'amende ou l'indemnité forfaitaire prévue pour le cas. La Cour de cassation a jugé que l'obligation pour le juge du tribunal de police de prononcer, en cas de condamnation, une amende dont le montant ne pouvait être inférieur à celui de l'amende ou l'indemnité forfaitaire était conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il avait le pouvoir de proportionner le montant de l'amende à la gravité de l'infraction commise entre les bornes que représentent l'amende ou l'indemnité forfaitaire encourue et le maximum prévue par la loi pour l'infraction[1160].

La Haute juridiction a jugé que la procédure de l'amende forfaitaire était compatible avec le droit au tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que le contrevenant avait eu « *la possibilité de faire valoir ses droits devant le tribunal de police, à l'occasion d'un débat contradictoire , et d'être éventuellement relaxé de la poursuite, le titre exécutoire étant alors anéanti*. »[1161] Toutefois, le ministère public a le pouvoir d'empêcher l'accès au tribunal, en avisant l'intéressé de l'irrecevabilité de sa réclamation pour absence de motivation ou défaut des pièces requises[1162]. La France a été poursuivie devant la Cour européenne des droits de l'homme en raison de l'application à un automobiliste de cette disposition légale interprétée de telle façon qu'elle le privait d'accès à un tribunal puisque la saisine de la juridiction se retrouvait assujetie à la décision d'un commissaire de police qui, en l'espèce, s'était engagé dans un raisonnement sur le fond du droit pour fonder sa décision[1163].

Le Gouvernement français a soutenu que l'automobiliste n'aurait pas dû en rester à l'avis d'irrecevabilité du ministère public, et qu'il lui était possible de saisir « *le tribunal de police*

[1158] Cette disposition est apparue dans la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003, qui a réformé les textes relatifs aux amendes forfaitaires afin, selon M. Céré, « *de mettre un terme aux recours dilatoires et de parvenir à un meilleur recouvrement des amendes* » : CERE Jean-Paul, « Les nouveaux modes de poursuite des contraventions au code de la route et le droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2003, p. 91.

[1159] Articles 529-3 à 529-5 du Code de procédure pénale, qui organisent la procédure permettant une transaction sur le fondement du versement d'une indemnité forfaitaire.

[1160] Cass. crim., 16 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 138.- Cass. crim., 9 octobre 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-82413.

[1161] Cass. civ. 2e, 16 mai 2002, Bull. civ. II, n° 98.

[1162] Article 530-1, al. 1, du Code de procédure pénale.

[1163] Cour EDH, 21 mai 2002, *Peltier c. France* [Deuxième section], Req. n° 32872/96.

sur le fondement de l'article 530-2 du Code de procédure pénale »[1164]. Nous noterons, pour notre part, que cet article renvoie à la procédure de l'article 711 du même Code, qui prévoie l'évocation d'un incident contentieux relatif à l'exécution et un éventuel prononcé de la décision non pas à l'audience ordinaire du tribunal de police mais … en chambre du conseil[1165] !

Le propos du Gouvernement était de soutenir que le requérant avait eu droit à un procès équitable.

Relevant que le recours évoqué par le Gouvernement ne portait que sur l'exécution du titre rendu exécutoire par le ministère public, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il ne permettait pas de remédier au grief soulevé par le requérant qui s'est donc bien retrouvé sans recours « *effectif* » au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[1166]. Partant, les juges de Strasbourg n'ont pu que constater que « *le droit d'accès du requérant à un tribunal a été atteint dans sa substance même, sans but légitime et de façon disproportionnée.* »[1167]

Dans un arrêt de 2008, toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a pris soin de ne pas remettre en cause le principe de l'amende forfaitaire en jugeant « *légitime le but poursuivi par cette obligation de consignation : prévenir l'exercice de recours dilatoires et abusifs et éviter l'encombrement excessif du rôle du tribunal de police, dans le domaine de la circulation routière qui concerne l'ensemble de la population et se prête à des contestations fréquentes* » [1168]. La Cour européenne a ensuite confirmé qu'une telle procédure de consignation ne portait pas atteinte, par principe, au droit d'accès à un tribunal[1169].

L'article 529-10 du code de procédure pénale a fait l'objet d'une Question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, par sa décision du 29 septembre 2010, a déclaré

[1164] « *Les incidents contentieux relatifs à l'exécution du titre exécutoire et à la rectification des erreurs matérielles qu'il peut comporter sont déférés à la juridiction de proximité…* »

[1165] Dans le cadre de l'article 711 du Code de procédure pénale, la présence du requérant n'est même que facultative. Cass. crim., 31 mars 1965, Bull. crim. 1965, n° 97.- Par ailleurs, le Code de procédure pénale ne prévoit pas que le jugement soit prononcé, mais dispose que « [l]*e jugement sur l'incident est signifié à la requête du ministère public aux parties intéressées* ».

[1166] Cour EDH, *Peltier c. France*, préc., §§ 22-23.

[1167] Même arrêt, § 37. Dans cette affaire, le Gouvernement français qualifiait « *d'erreur de droit* » la décision prise par l'officier du ministère public (§47).- Cependant, il faut constater que l'article 530-1 du Code de procédure pénale dispose bien : « *Au vu de la réclamation* […] *le ministère public peut* […] *aviser l'intéressé de l'irrecevabilité de la réclamation non motivée ou non accompagnée de l'avis.* » La circulaire générale du 1er mars 1993 précise : « *Le ministère public peut* […] *constater l'irrecevabilité de la réclamation. Dans ce* […] *cas,* […] *le ministère public doit aviser l'intéressé de l'irrecevabilité de sa réclamation dès lors qu'elle n'est pas motivée ou qu'elle n'est pas accompagnée d'un avis…* »

[1168] Cour EDH, 29 avril 2008, *Thomas contre France* [5ème section], Req. n° 14279/05.

[1169] Cour EDH, 13 novembre 2009, *Monte da Fonte contre France* [5ème section], Req. n° 0294/06.- Cour EDH, 30 juin 2009, *Schneider contre France* [5ème section], Req. n° 49852/06.

cette disposition conforme à la Constitution, en formulant une réserve d'interprétation[1170] : que les décisions d'irrecevabilité prises par l'officier du ministère public puissent être contestées devant la juridiction de proximité[1171]. Cette décision poursuit le raisonnement engagé par la chambre criminelle qui a jugé dans un arrêt du 29 mai 2002, c'est-à-dire la semaine suivant le prononcé de l'arrêt Peltier, que « *lorsque la décision d'irrecevabilité de la réclamation du contrevenant est prise par le ministère public pour un motif autre que l'un des deux seuls prévus par l'article 530-1 premier alinéa du code de procédure pénale, le contrevenant, avisé de cette décision, peut élever un incident contentieux devant la juridiction de proximité en application de l'article 530-2 du même code* »[1172].

Dans l'état actuel du code de procédure pénale, la nécessité d'organiser un débat contradictoire dans le cadre d'une audience disposant de la publicité des débats, est laissé à la discrétion du juge du tribunal de police ou de la juridiction de proximité, comme l'indique l'article 525 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 : « *Le juge statue sans débat préalable par une ordonnance pénale portant soit relaxe, soit condamnation à une amende, ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues. – S'il estime qu'un débat contradictoire est utile, le juge renvoie le dossier au ministère public aux fins de poursuite dans les formes de procédure ordinaire* ».

Le secret absolu du délibéré. En matière criminelle, l'article 355 du Code de procédure pénale prévoit que « [l]*es magistrats de la cour et les jurés se retirent dans la chambre des délibérations* ». Ces dernières sont secrètes[1173]. Le Code de 1808 n'obligeait pas les magistrats de la Cour à se retirer pour délibérer[1174] en matière criminelle, mais s'ils rendaient leur décision sur le siège, ils étaient obligés « *d'opiner à voix basse* ». Concernant le serment prêté par les jurés, l'article 312 du Code d'instruction criminelle énonçait : « *Vous jurez et promettez devant Dieu* […] *de ne trahir les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse ; de ne communiquer avec personne*[1175] *jusqu'après votre déclaration…* ». Ce serment n'obligeait donc pas de manière expresse les jurés à garder le secret des délibérations

[1170] Décision n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010.
[1171] 7ème considérant.
[1172] Cass. crim., 29 mai 2002, n° 01-87396, Bull. crim. 2002, n° 124.
[1173] Cass. crim., 22 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 351.
[1174] A l'époque, le jury tranchait le fait hors la présence de la Cour.
[1175] La Cour de cassation a rapidement précisé qu'il fallait appliquer cette formule dans son esprit et non littéralement, ce qui signifie que la communication interdite est celle qui porte sur l'affaire jugée, l'esprit de la loi étant de protéger les jurés de toute influence extérieure : Cass. crim., 12 septembre 1833, *D.*1833.I.365. Des jurés avaient discuté dans la salle d'audience avec un juré qui ne siégeait pas dans l'affaire. La chambre criminelle relève que la conversation n'avait « *aucune relation avec la cause* » et « *qu'ainsi il n'a été porté aucune atteinte à la lettre non plus qu'à l'esprit* […] *du Code d'instruction criminelle* ».

après la déclaration du jury. Le serment que prêtent aujourd'hui les jurés, conformément à l'article 304 du Code de procédure pénale, les oblige désormais à « *conserver le secret des délibérations même après la cessation de* [leurs] f*onctions* ». Cette disposition vient compléter une loi du 8 août 1849, qui a établi le serment que devait prêter les magistrats, qui doivent jurer « *de garder religieusement le secret des délibérations* ». La formule a été confirmée en 1958[1176]. Pour ce qui concerne la cour d'assises et la chambre de l'instruction, le Code de procédure pénale exige que la Cour et le jury doivent délibérer seuls, hors la présence notamment du ministère public, des avocats et du greffier[1177]. Si le vote des cours d'assises se fait à bulletins secrets, pour les autres juridictions, le délibéré se fait à haute voix. Le Code ne prévoit pas une obligation de délibérer à l'écart du public pour le juge des libertés et de la détention[1178] ou pour les tribunaux de police et correctionnel ainsi que les juridictions de proximités. Pour toutes ces dernières, la jurisprudence a estimé que le Code de procédure pénale autorisait que le jugement puisse être rendu après une délibération sur le siège[1179], y compris en présence de formations collégiales qui peuvent opiner à voix basse à l'audience publique. Dès lors que la question à trancher ne relève pas de l'appréciation du jury, la Cour peut aussi délibérer sur le siège à l'audience dans des procès criminels[1180]. A la différence du Code de procédure civile[1181] et du Code de justice administrative[1182], aucune disposition du Code de procédure pénale ne vise expressément le « *secret du délibéré* ». La présence au

[1176] Ordonnance 58-1270 du 23 décembre 1958, art.6.

[1177] Pour la chambre de l'instruction : art. 200 du Code de procédure pénale : « *Lorsque les débats sont terminés, la chambre de l'instruction délibère sans qu'en aucun cas le procureur général, les parties, leurs avocats et le greffier puisse être présents* ». Pour la Cour d'assises, article 355 du Code de procédure pénale : « *Les magistrats de la Cour et les jurés se retirent dans la chambre des délibérations* ».

[1178] Article 145 du Code de procédure pénale.- N'emporte pas nullité, la présence pendant plusieurs minutes d'un juge d'instruction dans le bureau du juge des libertés et de la détention en train de délibérer : Cass. crim., 14 octobre 2009, Non publié au Bulletin, pourvoi. n° 09-85069.- Emporte nullité pour violation du principe du contradictoire et non pour atteinte au secret du délibéré, la présence du procureur de la République plusieurs minutes dans le bureau du juge des libertés et de la détention en train de délibérer : Cass. crim., 4 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 113.- Même solution pour la présence dans les mêmes conditions d'un juge d'instruction : Cass. crim., 19 septembre 1990, Bull. crim. 1990, n° 317.

[1179] L'article 462 du Code de procédure pénale s'applique en matière correctionnelle et, par le renvoi de l'article 536 CPP pour les tribunaux de police et la juridiction de proximité : « *Le jugement est rendu soit à l'audience même à laquelle ont eu lieu les débats, soit à une date ultérieure* ».- Pour le caractère légal de délibérés « *sur le siège* » en matière correctionnelle : Cass. crim., 29 avril 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86861.- La mention qu'un délibéré s'est déroulé « *sur le siège* » entre le président et ses assesseurs pose la présomption simple que ce délibéré a été secret : Cass. soc., 11 juillet 2001, non publié au Bulletin, pourvoi n° 99-42989.

[1180] Cass. crim., 18 janvier 2006, non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-84740.- Cass. crim., 13 novembre 2003, non publié au Bulletin, pourvoi n° 03-80294.- Cass. crim., 18 novembre 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 97-86280.- Cass. crim., 18 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 241.- La mention selon laquelle « *La Cour a délibéré sur le siège* » implique forcément que la Cour a délibéré sans le jury : Cass. crim., 2 septembre 1987, non publié au Bulletin, pourvoi n° 86-96904.- Une décision rendue après que la Cour eût délibéré « *sur le siège* » a forcément été rendue en audience publique : Cass. crim., 11 mai 1983, Bull. crim. 1983, n° 138.

[1181] Article 462.

[1182] Article L. 8.

délibéré d'auditeurs de justice[1183], ou d'élèves avocats effectuant en juridiction leur stage de formation professionnelle[1184] n'altère pas la validité d'une décision. En revanche, celle pendant le délibéré d'une personne dont la présence a été autorisée par le président, sans autre précision, a entraîné la cassation de l'arrêt[1185].

Par ailleurs, la Cour de cassation, à plusieurs reprises, n'a pas annulé des procédures dans lesquelles une violation matérielle du secret du délibéré était soutenue[1186] sans que cette violation n'apparaisse dans l'arrêt ou les documents l'accompagnant. Elle a aussi prononcé la cassation dans des cas où la violation du secret du délibéré découlait des termes de l'arrêt[1187]. Elle a jugé, toutefois, que « [l]*es communications des jurés avec le public n'entraînent la nullité de la procédure qu'autant qu'elles ont été volontaires et ont exercé ou pu exercer sur les jurés une influence favorable ou contraire à l'accusé* »[1188]

Dans le cas d'une formation collégiale, la mention du nom du magistrat qui a rédigé le texte de la décision n'enlève pas à cette décision son caractère collectif et ne porte pas atteinte au secret du délibéré[1189]. La question a pu être soulevée en doctrine de savoir si la collégialité, associée au secret des délibérés, ne protégeait pas les magistrats commettant des fautes et

---

1183 Cass. crim., 30 janvier 1985, Bull. crim. 1985, n° 52.- L'article 19 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, portant loi organique relative aux statuts de la magistrature, dispose [loi n° 2007-287 du 5 mars 2007] que « [l]*es auditeurs participent sous la responsabilité des magistrats à l'activité juridictionnelle, sans pouvoir toutefois recevoir délégation de signature. Ils peuvent notamment : Assister le juge d'instruction dans tous les actes d'information ; Assister les magistrats du ministère public dans l'exercice de l'action publique ; Siéger en surnombre et participer avec voix consultative aux délibérés des juridictions civiles et correctionnelles ; Présenter oralement devant celles-ci des réquisitions ou des conclusions ; Assister aux délibérés des cours d'assises* ».- L'article 19 vaut aussi pour le délibéré de la chambre de l'instruction : Cass. crim., 2 septembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86091.

1184 Cass. crim., 31 mars 2010, non publié au Bulletin, pourvoi. n° 10-80153.- Cass. crim., 1er février 2006, non publié au Bulletin, pourvoi. n° 05-86608.- Cass. crim., 6 mai 2003, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-84332.

1185 Cass. crim. 22 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 351.

1186 Pour la divulgation par la presse d'une décision avant que celle-ci soit rendue, la chambre commerciale a estimé que les articles de presse n'avaient donné que « *des montants approximatifs* » de l'amende prononcée : Cass. comm., 29 juin 2007, Bull. crim. 2007, n° 181. Dans cette affaire, le requérant soutenait que la violation du secret du délibéré, et la diffusion de la substance de la décision avant même que celle-ci soit prononcée, portait atteinte aux apparences du procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.- Pour l'observation des délibérations d'une cour d'assises par des personnes ne faisant pas partie de la juridiction, la Cour de cassation a jugé que la violation du secret du délibéré ne pouvait pas être retenue car la Cour d'assises « *n'avait pas été en mesure de constater personnellement des faits qui se seraient passés hors de sa présence* » : Cass. crim., 25 mai 2005, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-87833.- La solution est ancienne puisque la chambre criminelle a déjà eu l'occasion de juger qu'un fait de communication reproché à un des jurés ne permet pas l'ouverture à cassation si le fait n'a pas été consigné au procès-verbal : Cass. crim., 30 juin 1838, Bull. crim. 1838, n° 187.

1187 Cass. plén., 20 décembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 11.

1188 Cass. crim., 12 janvier 1893, Bull. crim. 1893, n° 7.- *A contrario*, la nullité est encourue lorsqu'un juré s'est entretenu avec un témoin en dehors de l'audience : Cass. crim., 16 avril 1885, Bull. crim. 1885, n° 110.

1189 Cass. crim., 7 avril 2004, non publié au Bulletin, pourvoi n° 03-85457.- Pour la violation du secret des délibérations par un juré : Cass. crim., 25 janvier 1968, Bull. crim. 1968, n° 25. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait déclaré que le secret était protégé par le serment des jurés de garder le secret des délibérations, mais aussi que le délibéré était immuable par nature et s'imposait, indépendamment du serment, à toute personne appelée par la loi à assister au délibéré. Le secret peut être violé par une même personne autant de fois qu'elle le divulgue successivement à des personnes différentes.

rendait plus difficile leur évaluation[1190]. Le développement des audiences à juge unique rend cependant de moins en moins pertinente cette interrogation. Le secret du délibéré est présenté, aujourd'hui, comme une garantie de liberté et d'indépendance du juge, ainsi que d'autorité de l'institution judiciaire[1191].

La prohibition des opinions séparées. Faustin Hélie soutenait que le fait que le tribunal paraisse uni dans sa décision fondait son autorité[1192]. La Cour européenne des droits de l'homme, qui connaît pour ses propres arrêts la pratique de l'opinion séparée[1193], voit davantage dans le secret du délibéré une garantie d'indépendance et d'impartialité du tribunal, comme l'exige l'article 6 de la Convention.

Les opinions séparées sont prohibées en droit français, leur existence portant atteinte par nature à l'obligation générale de secret du délibéré[1194]. Les opinions séparées sont « *des opinions alternatives à celle de la majorité, rédigées par un ou plusieurs juges, soit parce qu'elles proposent une solution différente, soit parce qu'elles proposent un fondement différent pour une solution identique. Les premières sont des opinions dissidentes, les secondes des opinions concordantes*. »[1195] Un magistrat a l'obligation d'adhérer à la décision

---

[1190] Pour M. Magendie, alors président du TGI de Paris, la meilleure qualité de la justice que garantit la collégialité pèse davantage que ces considérations : MAGENDIE Jean-Claude, « La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée », *Dalloz, Doctrine*, 2004, p. 2414 et s.

[1191] BURGELIN Jean-François, « Les petits et grands secrets du délibéré », *Dalloz, chronique*, 2001, p. 2755 : « *Le fondement essentiel est bien là : garantir la liberté et l'indépendance du juge. Si on veut protéger celui-ci des éventuelles pressions avant jugement ou rétorsions après jugement, de la part de plaideurs influents ou vindicatifs, le meilleur moyen est d'interdire que l'on sache le sens de l'opinion qu'il manifeste nécessairement lors du délibéré. A cette raison majeure, s'en ajoute une seconde : le secret du délibéré est source de crédibilité renforcée pour la décision de justice, puisque l'on ne saura pas si elle est le fait de l'unanimité des juges qui donne au jugement un poids indiscutable, ou d'une simple majorité qui en écorne un peu l'autorité. En mettant un voile opaque sur les conditions du délibéré, on laisse à penser que la décision rendue a pu recueillir l'approbation de tous ses auteurs* ». *Ibid*., p. 2756 : « *Tout bien pesé, le secret des délibérés a vraiment tout son sens dans les affaires pénales, correctionnelles et criminelles* […] *Il est nécessaire que les juges soient protégés afin que leur liberté de décision reste entière, et la meilleure des protections réside bien dans l'impossibilité de savoir comment ils ont voté. Dans une société aussi violente que la nôtre, il faut maintenir dans le domaine pénal, un secret rigoureux sur le délibéré.* »

[1192] HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 3, *op. cit.*, p. 261 : « *Les jugements sont l'œuvre de la juridiction toute entière : c'est là le fondement de leur autorité. S'il était permis de divulguer qu'ils ne sont que l'œuvre de quelques uns, que tel ou tel juge n'a pas partagé l'opinion qui a prévalu, que deviendrait le respect de la chose jugée ? que deviendrait la puissance de la justice elle-même ?* ».

[1193] Article 45 § 2 de la Convention : « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ».

[1194] La Cour de cassation a jugé que le fait d'indiquer qu'une juridiction s'était prononcée à l'unanimité violait le secret du délibéré : Cass. soc, 9 novembre 1945, *Gaz. Pal*., n° 1, 1948, p. 223.- Cass. plén., 20 décembre 1996, Bulletin criminel 1996, n° 11.- En revanche, indiquer le nom du magistrat qui a rédigé l'arrêt ne porte pas atteinte au secret du délibéré : Cass. crim., 24 juillet 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-83259.- Cass. civ. 2e, 4 avril 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 97-13352.- Cass. crim., 20 décembre 2000, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-82895.

[1195] MASTOR Wanda, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Dalloz*, 2010, p. 714 et s.

de la majorité de la juridiction. Il ne peut pas, ainsi, refuser d'apposer sa signature au bas d'une décision, au motif qu'il était en désaccord avec la décision arrêtée[1196].

Cette prohibition est davantage discutée dès lors qu'est recherchée la confiance du public dans les tribunaux : « *A la lecture des opinions divergentes ou complémentaires de celles des juges majoritaires, la partie dont la demande n'a pas été accueillie vérifierait qu'elle a été entendue. Le lien de confiance avec la justice serait renforcé. Certaines opinions seraient analysées comme l'annonce d'un changement de jurisprudence* » avance ainsi Me Laurin[1197].

D'autres auteurs, un peu plus anciens, sont beaucoup plus sceptiques, sinon très réticents à l'image du doyen Vedel : « *Notre tradition judiciaire ne va pas dans le sens de la publicité du dissentiment et l'on ne peut pas savoir quels dégâts produiraient le changement, le temps qu'il prendrait à s'acclimater et les effets inattendus qu'il entraînerait.* »[1198] Une même opposition se lit sous la plume de François Luchaire pour lequel les opinions séparées ne peuvent conduire qu'à affaiblir l'autorité de la chose jugée et des juges, porter atteinte à l'indépendance de ces derniers et désorganiser le travail des juridictions inférieures[1199].

La particularité des opinions séparées est qu'elles s'adressent principalement au public, présent et futur. Soulignant l'opinion majoritaire comme l'ombre souligne la lumière, elles ont des vertus pédagogiques[1200]. Nous retrouvons aussi, à ce propos, une idée qui rejoint l'approche anglo-saxonne de la liberté d'expression : l'opinion majoritaire ne vaut que par la qualité de l'opinion minoritaire dont elle a été jugée supérieure : « *On assiste ainsi à une « montée dans l'argumentation ». Le « moyen de pression » que représente l'éventualité des opinions séparées est d'autant plus important que celles-ci sont portées à la connaissance du public, et que leur contenu est souvent sans complaisance à l'égard de la majorité* » souligne Mme la Professeure Mastor[1201], qui situe davantage la garantie d'indépendance du magistrat dans l'opinion séparée que dans le secret absolu du délibéré.

[1196] Cass. crim., 27 juin 1822, Bull. crim. 1822, n° 90 : « *Le magistrat qui refuse d'apposer sa signature au pied de l'arrêt auquel il a concouru , sans qu'il soit rédigé une déclaration des motifs et des conditions sous lesquels il consent à donner sa signature, fait un acte qui excède les bornes de ses fonctions, blesse les principes , et ébranle les fondements de l'ordre judiciaire. Les juges doivent délibérer en secret ; chacun doit signer l'arrêt et doit ainsi en accepter la responsabilité pure et simple* ».

[1197] LAURIN Yves, « Le secret du délibéré », *Dalloz*, 2007, p. 856.

[1198] VEDEL Georges, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, mars-août 1989.

[1199] LUCHAIRE François, « Contribution au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 111.

[1200] Mais peuvent aussi rendre certaines décisions difficilement compréhensibles. Evoquant la Cour suprême des Etats-Unis, Mme le Professeur Mastor relève : « *Il n'est pas excessif d'affirmer que ces décisions sont parfois proprement incompréhensibles, y compris pour les tribunaux inférieurs liés par la règle du précédent, qui peinent à distinguer la ratio decidendi des obiter dicta* » : MASTOR Wanda, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Dalloz*, 2010, p. 714 et s.

[1201] *Idem.*

L'absence de publicité du contentieux relatif à la procédure d'exécution des peines. Le contentieux relatif à l'application des sentences pénales connaît une procédure dont est exclu le principe de publicité. Le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines, établis à l'article 712-1 du code de procédure pénale, statuent par ordonnance ou au terme d'un débat contradictoire qui se déroule en chambre du conseil où la décision est prononcée[1202]. Si le condamné est détenu, le débat peut se dérouler au sein de l'établissement pénitentiaire[1203]. Le code de procédure pénale ne prévoit pas expressément que la procédure devant la chambre d'application des peines de la cour d'appel statue en chambre du conseil[1204]. Cependant, l'article D 49-42 du code de procédure pénale précise que « *la chambre de l'application des peines de la cour d'appel statue, au vu du dossier, à la suite d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil hors la présence du condamné, au cours duquel, après le rapport oral d'un conseiller, le procureur général puis l'avocat du condamné présentent leurs observations* […] *L'arrêt est rendu en chambre du conseil* ».

L'absence de publicité de l'exécution des peines. L'exécution des peines n'étant plus publiques en France, l'hypothèse d'une telle publicité se pose encore dans le cadre du contrôle, par des tiers à l'institution judiciaire ou à ses auxiliaires, de la manière dont ces peines sont exécutées. Nous l'avons vu, l'idée que pouvaient soutenir Bentham ou Lepeletier de Saint Fargeau, d'un contrôle par le public lui-même a été abandonné. En revanche, l'article 719 du code de procédure pénale autorise les députés, les sénateurs ainsi que les représentants du Parlement européen élus en France à « *visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les zones d'attente et les établissements pénitentiaires* ».
Par ailleurs, le protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 18 décembre 2002 a été approuvé par la loi n° 2008-739 du 28 juillet 2008. La loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 a institué un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, autorité indépendante, chargé « *sans préjudice des prérogatives que la loi attribue aux autorités judiciaires ou juridictionnelles, de contrôler les conditions de prise en charge et de transférement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect*

[1202] Art. 712-6 pour le juge de l'application des peines. Art. 712-7 pour le tribunal de l'application des peines.
[1203] Art. 712-7.
[1204] Art. 712-13.

de leurs droits fondamentaux »[1205]. Il remet, chaque année, un rapport d'activité au Président de la République et au Parlement. Ce rapport est rendu public[1206].

L'identité des personnes incarcérées n'est pas rendue publique, l'article 719-1 du code de procédure pénale prévoit seulement que « [s]*elon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat, l'identité et l'adresse des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à trois ans sont communiquées par l'administration pénitentiaire aux services de police ou aux unités de gendarmerie du lieu de résidence des intéressés lorsque leur incarcération prend fin* ». Le même souci d'absence de publicité relative à ces identités prévaut pour ce qui concerne le Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui doit veiller « *à ce qu'aucune mention permettant l'identification des personnes concernées ne soit faite dans les documents publiées* » sous son autorité[1207].

Le régime disciplinaire des détenus. Le régime disciplinaire des personnes placées en détention est prévu par le chapitre V du titre 2 du livre V du code de procédure pénale. Depuis quelques décennies, cette matière connaît des modifications importantes. Après avoir vu l'émergence d'un droit disciplinaire spécifique, elle connaît aujourd'hui des bouleversements impulsés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sans, pour autant, que la publicité de la procédure trouve à s'imposer.

La discipline dans les prisons françaises a d'abord été le domaine d'un arbitraire assumé. Ce n'est qu'au tournant du siècle dernier que les « *prévots* », ces détenus exerçant un pouvoir disciplinaire sur leurs compagnons de cellule, ont disparu. Et si la langue des établissements pénitentiaires désignent toujours par le terme « *prétoire* » la commission de discipline qui y est désormais instituée[1208], le mot a disparu de nos textes légaux en 1972[1209].

Dans l'affaire *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, la Cour européenne a jugé que la nature de certaines sanctions infligées à des détenus par une commission disciplinaire relevait de la « *matière pénale* » au sens de la Convention[1210] et exigeait donc un « *tribunal* » indépendant et impartial ainsi que la possibilité pour un détenu d'être assisté par un avocat : : « [l]*a justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons et rien, dans les cas appropriés, ne permet de*

[1205] Art. 1.
[1206] Art. 11.
[1207] Art. 5 de la loi du 30 octobre 2007.
[1208] Depuis un décret n° 96-287 du 2 avril 1996.
[1209] Décret n° 72-852 du 12 septembre 1972.
[1210] En appliquant les critères *Engel* : qualification interne des infractions, nature de l'accusation, nature et degré de séverité de la sanction.

priver les détenus de la protection de l'article 6 »[1211]. Concernant la publicité, la Cour a jugé, à une courte majorité que l'absence d'audience publique n'était pas une violation de l'article 6 de la Convention : « *On imposerait aux autorités de l'Etat un fardeau disproportionné si l'on exigeait que les procédures disciplinaires relatives aux détenus condamnés aient lieu en public* »[1212]. Elle a toutefois ajouté que l'absence de publicité de la décision était une violation de la Convention. Le modèle du procès équitable implique « *la possibilité du contrôle du pouvoir judiciaire par le public* »[1213].

Dans l'affaire *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, la Grande chambre a jugé que dès lors que l'enjeu d'une procédure disciplinaire, en l'espèce des jours de détention supplémentaire, était d'une gravité telle que les accusations pénales formulées devaient entraîner l'application des garanties de l'article 6 de la Convention « *aux procédures devant le directeur de la prison* »[1214]. Dans une décision de condamnation de la France datant de 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une sanction disciplinaire de 45 jours d'isolement infigée à un détenu souffrant de troubles mentaux et laissé sans soins adaptés, et qui s'est suicidé à cette occasion, constituait une peine inhumaine et dégradante[1215].

La position du conseil d'Etat relative à l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures disciplinaires a été énoncée dans l'arrêt *Didier* : dès lors que ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction, elles n'ont pas à être conformes, en tous points (et notamment pas concernant la publicité de l'audience), aux stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, le Conseil d'Etat admet que le défaut d'impartialité d'une formation disciplinaire est de nature à vicier la décision de celle-ci[1216].

L'évolution du droit pénitentiaire n'est pas restée étrangère à ces mouvements jurisprudentiels. Une circulaire du 31 octobre 2000[1217] a fixé les modalités de l'intervention du conseil dans ces procédures, consacrant l'arrivée dans ce domaine du principe du contradictoire. La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a été précisée par le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale. La commission de discipline comprend, outre le chef

---

[1211] Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell contre Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 7819/77, 7878/77, § 68.
[1212] Même arrêt, § 87.
[1213] Même arrêt, § 91.
[1214] Cour EDH, 9 octobre 2003, *Ezzeh et Connors contre Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n° 39665/98 et 40086/98, § 130.
[1215] Cour EDH, 16 octobre 2008, *Renolde contre France* [5e section], Req. n° 5608/05, § 129.
[1216] CE, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434.
[1217] Circulaire de la DAP du 31 octobre 2000 relative à la procédure disciplinaire des détenus.

d'établissement ou son délégataire, président, deux membres assesseurs[1218]. Le premier est un membre du personnel pénitentiaire ; le second, une personne extérieure à l'administration pénitentiaire habilitée à cette fin par le président du tribunal de grande instance territorialement compétent. La loi pénitientaire du 24 novembre 2009 permet, depuis le 1er juin 2011, aux citoyens français de devenir assesseurs dans les commissions de discipline des établissements pénitentiaires. Le chef d'établissement réunit donc les pouvoirs d'engager les poursuites, de se saisir, de juger et éventuellement de ne pas appliquer la sanction voire de l'annuler. L'auteur du rapport à l'origine des poursuites ne peut siéger à la commission de discipline. Les faits faisant l'objet des poursuites, ainsi que le dossier, sont communiqués à la personne poursuivie, qui dispose d'un délai pour l'étudier en se faisant assister par un avocat[1219]. L'audience n'est pas publique, pas plus que la décision qui est consignée sur un registre tenu sous l'autorité du chef d'établissement et qui ne pourra être consulté que par les autorités administratives ou judiciaires lors de leurs visites de contrôle ou d'inspection[1220]. Un recours gracieux à l'adresse du directeur interrégional des services pénitentiaires est obligatoire avant tout recours contentieux. Le détenu qui veut contester la décision disciplinaire peut alors saisir le tribunal administratif afin de faire contrôler un acte de l'administration pénitientiaire et en demander l'annulation dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. La loi du 30 juin 2000 permet, par ailleurs, de mettre en mouvement des procédures d'urgence : référé-suspension[1221], référé-liberté[1222] et référé-conservatoire[1223]. Le juge administratif des référés statue au terme d'une procédure contradictoire orale ou écrite, à l'audience publique pour les référés-liberté et référés-suspension[1224]. Les décisions de référé sont rendus en dernier ressort. Un recours est possible devant le Conseil d'Etat. Le domaine du contentieux pénitentiaire échappe donc, petit à petit, aux procédures secrètes, même si leur possibilité de publicité passe encore, pour l'heure, par la nécessité d'un acte de volonté des personnes détenues par la mise en action d'une contestation, devant la justice administrative, de la décision disciplinaire.

[1218] Art. R.57-7-6 du code de procédure pénale.
[1219] Art. R.57-7-16 du code de procédure pénale.
[1220] Art. R.57-7-30 du code de procédure pénale.
[1221] Art. L. 521-1 du code de justice administrative.
[1222] Art. L. 521-2 du code de justice administrative.
[1223] Art. L. 521-3 du code de justice administrative.
[1224] Art. L. 522-1 du code de justice administative.

§ 2 La publicité de l'audience laissée à l'appréciation de la juridiction ou des parties

Plan. La décision relative à la publicité de l'audience peut être abandonnée à la décision de la juridiction, qui possède la pouvoir de statuer à huis clos (A). Elle peut aussi, dans certaines circonstances, être octroyée aux parties pour les juridictions pour mineurs, et les affaires de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles (B).

A. La publicité de l'audience laissée à l'appréciation de la juridiction

Définition du huis clos. La procédure à huis clos est une exception qui s'applique aux audiences dont le principe est la publicité. Elle consiste à faire sortir le public de l'auditoire et à en fermer les portes afin d'en interdire l'accès.

Arrêt de huis clos. L'arrêt ou le jugement prononçant le huis clos doit être prononcé à l'audience publique, à peine de nullité. Le huis clos ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement ou un arrêt[1225], et doit être fondé sur un motif légal[1226]. S'il n'a pas besoin de

[1225] Cass. crim., 12 juin 1828, D. 1828.I.274 : cassation d'une décision de huis clos rendue par ordonnance.

reprendre les termes exacts de la loi[1227], il doit tout de même être exprimé en des termes équivalents[1228].

Huis clos pour les juridictions pour mineurs. La publicité restreinte étant une mesure permettant un accès plus large à la salle d'audience que le huis clos, cette dernière mesure peut être prononcée pour la procédure suivie devant les juridictions pour mineurs.

Etendue du huis clos. Le huis clos ne peut pas excéder les débats, mais il peut être ordonné que pour une partie de ceux-ci[1229] que ce soit l'audition d'un seul témoin[1230] ou l'évocation d'un seul chef d'accusation[1231]. Si le huis clos est limité à un point particulier, il ne peut pas, à peine de nullité, être étendu au-delà de celui-ci[1232] ; « *les tribunaux peuvent ordonner le huis clos, soit pour la totalité, soit pour une partie des débats, cette mesure exceptionnelle doit cependant être rigoureusement renfermée dans les limites tracées par les jugements intervenus* »[1233].

Pouvoir de décider du huis clos. Parfois qualifié de pouvoir discrétionnaire[1234] par la jurisprudence, le pouvoir de décider le huis clos ne doit pas être confondu avec le pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises. Seule une juridiction, et non son seul président[1235], peut décider du huis clos. De la même façon, en matière criminelle, encourt la cassation la décision de huis clos qui a été prise à l'issue d'une délibération à laquelle a été associé le jury[1236].

Classiquement, la position de la Cour de cassation est de juger que la personne poursuivie est sans droit relativement à la décision de huis clos : « *Attendu qu'il appartient aux magistrats d'ordonner que les débats auront lieu à huis clos* […] *que lorsque cet intérêt supérieur leur commande de faire exception à la règle de la publicité des débats judiciaire, publicité qui*

[1226] Cass. crim., 6 mars 1866, Bull. crim. 1866, n° 72.
[1227] Cass. crim., 18 janvier 1827, Bull. crim. 1827, n° 10- Cass. crim., 19 juin 1914, Bull. crim. 1914, n° 288.- Cass. crim., 18 juillet 1952, Bull. crim. 1952, n° 194.- Cass. crim., 17 mars 1970, Bull. crim. 1970, n° 110.- Cass. crim., 10 mai 1995, n° 167.
[1228] Cass. crim., 28 avril 1837, D.1837.I.1842.
[1229] Cass. crim., 1er février 1839, D. 1839.I.378.
[1230] Cass. crim., 19 février 1841, Bull. crim. 1841, n° 48.
[1231] Cass. crim., 25 août 1853, Bull. crim. 1853, n° 426.
[1232] Cass. crim., 22 janvier 1852, Bull. crim. 1852, n° 24.
[1233] Même arrêt.
[1234] Cass. crim., 4 avril 1850, *D.*1850.IV.395
[1235] Cass. crim., 19 juin 1828, Bull. crim. 1828, n° 166.- Cass. crim., 12 février 1986, Bull. crim. 1986, n° 57.
[1236] Cass. crim., 24 octobre 1952, Bull. crim. 1952, n° 231.

seule intéresse la défense, celle-ci est sans intérêt, comme sans droit, à élever aucune critique relativement à la mesure dans laquelle le huis clos ordonné a reçu son exécution »[1237]. Il n'est pas nécessaire d'entendre les observations de la personne poursuivie pour décider d'un huis clos[1238]. Le huis clos peut être prononcé d'office ou à la demande du ministère public ou des parties.

Pouvoir discrétionnaire du juge du fond concernant la décision de huis clos. La décision par laquelle une juridiction décide du huis clos est à l'abri de la censure de la Cour de cassation[1239]. « *Le droit donné aux tribunaux de suspendre* […] *la publicité des débats* » sur le fondement d'un motif légal « *est entièrement abandonné à la conscience des magistrats* »[1240]. La Cour de cassation a jugé que les juridictions du fond n'avait pas à motiver leur décision, au-delà d'une référence au motif légal autorisant le huis clos, car, sinon, un exposé trop précis des circonstances et des éléments de faits ayant justifié la décision reviendrait à rendre public ce que la mesure de huis clos cherche précisément à soustraire à la publicité : « *on ne peut admettre qu'une faculté accordée aux tribunaux, dans le but de prévenir des désordres ou du scandale, ne puisse s'exercer que par la divulgation des faits mêmes qu'il importe de dérober à la connaissance du public* »[1241].

Ce raisonnement est toujours celui de la chambre criminelle de la Cour de cassation dont le contrôle relatif aux décisions de huis clos prises par les juridictions répressives est formel et très superficielle. Ainsi, dans un arrêt de 1968 peut-on lire que « *la loi laisse à la conscience des juges le soin d'apprécier les faits et les circonstances nécessitant le huis clos ainsi que de déterminer l'étendue de cette mesure* »[1242].

Il suffit que la décision fasse référence à un motif légal pour être valide, la Cour de cassation ne portant aucune appréciation et n'exerçant aucun autre contrôle sur ces décisions[1243]. La Cour ajoute pour la matière correctionnelle et contraventionnelle que, de toute façon, l'article

---

[1237] Cass. crim., 12 octobre 1876, Bull. crim. 1876, n° 208.- Dans le même sens : Cass. crim., 18 février 1841, Bull. crim. 1841, n° 48.
[1238] Cass. crim., 14 septembre 1827, *S.* 1828.I.113.- Cass. crim., 14 novembre 1979, Bull. crim. 1979, n° 318.- Cass. crim., 22 novembre 1995, non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-81217.
[1239] Cass. crim., 5 octobre 1821, Bull. crim. 1821, n° 171.
[1240] Cass. crim., 6 avril 1854, Bull. crim. 1854, n° 93.- Dans le même sens : Cass. crim., 7 mars 1912, Bull. crim. 1912, n° 135.- Cass. crim., 13 mars 1969, Bull. crim. 1969, n° 121.
[1241] Cass. crim., 16 mars 1866, Bull. crim. 1866, n° 72.
[1242] Cass. crim., 11 décembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 339.
[1243] Cass. crim., 27 mai 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-87101.- Cass. crim., 6 septembre 2006, non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-85355.

400 du Code de procédure pénale ne « *confère pas un caractère contentieux au prononcé du huis clos* »[1244].

Ayant beaucoup occupé le législateur ces dernières années, ces motifs légaux, dès lors qu'aucun contrôle n'est exercé sur leur relation avec les faits de la cause, ne sont que des sortes de recommandations adressées aux juridictions. La seule obligation imposée à ces dernières est d'en viser une dans sa décision, sans avoir à s'en expliquer davantage.

Les motifs légaux du huis clos. Il convient désormais de différencier les motifs légaux permettant de justifier le huis clos en matière criminelle, et en matière correctionnelle et de police.

L'article 306 du Code de procédure pénale prévoit, dans une formulation qui était déjà celle de la Charte de 1814, que le huis clos puisse être prononcé si *« la publicité est dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* ».

Le nombre des motifs légaux au huis clos prévu par l'article 400 du Code de procédure pénale a été augmenté par l'effet de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Désormais, le huis clos peut être prononcé en matière correctionnelle et de police si la publicité est dangereuse pour « *l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers* ».

L'exécution incomplète du huis clos. Le rétablissement de la publicité avant le terme du huis clos prononcé par la juridiction, ou la mise en œuvre incomplète du huis clos, ne saurait constituer une cause de nullité de la procédure. La publicité étant la règle, le huis clos l'exception et la publicité servant les droits de la défense : « *l'exécution incomplète de cette mesure n'affecte à aucun degré les droits de la défense et ne peut, en conséquence autoriser* » de la part de la personne poursuivie « *aucune critique* »[1245].

La Cour de cassation, acceptant qu'un huis clos ne soit pas exécuté totalement pour des raisons accidentelles, valide également une exécution partielle en raison d'une décision en ce sens.

Traditionnellement les personnes soumises au secret professionnel sont autorisés à demeurer dans la salle d'audience, même si elles ne sont pas concernées par l'affaire débattue[1246]. Il en

[1244] Cass. crim., 18 novembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-80441.- Cass. crim., 8 juin 2006, non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-86568.- Cass. crim., 18 janvier 2006, non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-82738.

[1245] Cass. crim., 22 avril 1964, Bull. crim. 1964, n° 122.- Cass. crim., 22 juin 1977, Bull. crim. 1977, n° 231.- Cass. crim., 19 avril 2000, Bull. crim. 2000, n° 459.

[1246] Cass. crim., 14 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 412.

va ainsi des magistrats, greffiers, avocats. La même solution valait, en matière criminelle, pour les jurés non tirés au sort de la session[1247]

Ainsi, en 1966, la Cour de cassation a accepté que le huis clos ne s'applique pas à un représentant de la DST qui avait été autorisé par le président de la juridiction à demeurer dans la salle d'audience malgré l'arrêt de huis clos prononcé par la Cour[1248].

Cette solution est régulièrement utilisée par les présidents de juridiction pour accepter la présence de certaines personnes dans la salle d'audience, quand bien même la décision de huis clos se prononcerait-elle pour un « *huis clos total* ». La Cour de cassation valide cette pratique[1249] en jugeant que, de toute façon, « *l'exécution incomplète de cette mesure n'affecte à aucun degré les droits de la défense et ne saurait, en conséquence, autoriser de sa part aucune critique* »[1250]. La mise en œuvre de la mesure de huis clos peut donc être réduite afin d'autoriser le maintien dans la salle d'audience de personnes qui devraient être touchées par la mesure de huis clos, principalement des proches des parties ou des journalistes. A ce dernier sujet, un basculement s'est opéré avec un arrêt du 11 décembre 1968, qui a validé la présence de représentants de la presse alors qu'une cour d'assises jugeait à huis clos une affaire de viol et de meurtre[1251]. Dans cette affaire, la peine de mort était encourue, et fut prononcée, et le président avait visiblement des réticences à envisager le prononcé d'une telle peine à l'issue de débats marqués du sceau du secret. Cette solution a été régulièrement reprise depuis, et il n'est pas rare, notamment dans des affaires de viol, que les représentants de la presse demeurent lors de l'audition de la victime alors même que le public a été invité à quitter la salle d'audience.

L'absence de publicité devant le juge des libertés et de la détention et la chambre de l'instruction. Dans les cas où la loi dispose que les débats sont publics devant le juge des libertés et de la détention ou la chambre de l'instruction, et dans ceux où cette publicité peut être demandée, la loi a prévu des motifs légaux pour fonder le refus de cette publicité.

L'article 145 du Code de procédure pénale, prévoit, pour le débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention au sujet de la détention, que le ministère public, la personne mise en examen ou son avocat peut s'opposer à cette publicité sur le fondement d'un ou plusieurs des motifs suivants : si l'enquête porte sur des faits visés par l'article 706-73 du

[1247] Cass. crim., 10 février 1988, Bull. crim. 1988, n° 181.
[1248] Cass. crim., 23 février 1966, Bull. crim. 1966, n° 65.
[1249] Cass. crim., 14 février 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-83613.
[1250] Même arrêt.
[1251] Cass. crim. 11 décembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 339 ; JCP G 1969.II.15898, obs. Rassat.

Code de procédure pénale, qui concerne la délinquance et la criminalité organisées ; si la publicité 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 statue sur cette opposition par ordonnance motivée après avoir recueilli les avis du ministère public, de la personne mise en examen et de son avocat. Si les débats se déroulent en audience de cabinet, la décision est rendue selon la même forme.

L'article 199 du Code de procédure pénale distingue deux situations.

Pour la publicité de droit du contentieux sur la détention et l'examen de l'ensemble de la procédure d'information, d'une part, la loi prévoit que le ministère public, la personne mise en examen, la partie civile ou leurs avocats puissent s'opposer à la publicité par une opposition formée avant l'ouverture des débats, ce qui implique que l'opposition à la publicité peut être formée avant l'audience et que les débats relatifs à cette question se déroulent en chambre du conseil contrairement à la procédure suivie devant les juridictions de jugement où le débat sur le huis clos se déroule publiquement[1252]. La chambre statue sur cette opposition, après avoir recueilli les observations du ministère public et des parties, par un arrêt rendu en chambre du conseil. Si la juridiction fait droit à l'opposition, les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en chambre du conseil. Les motifs légaux sont les mêmes que ceux de l'article 145 du Code de procédure pénale, même si la loi ne les présente pas dans le même ordre à l'article 199.

Pour la demande d'audience publique devant la chambre de l'instruction prévue au premier alinéa de l'article 199 du Code de procédure pénale, d'autre part, le refus de la chambre de l'instruction peut être légalement fondé si « *la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers* ».

La Cour de cassation applique aux décisions relatives aux motifs légaux de refus de la publicité pendant la phase d'instruction le même raisonnement que pour le huis clos pendant la phase décisoire : les juridictions doivent viser le motif légal, quel qu'il soit, et n'ont pas à s'en expliquer autrement[1253].

Les pouvoirs de police de l'audience du président de cour d'assises. L'article 275 du code du 3 brumaire an IV prévoyait que le président des tribunaux criminels avait « *la police de*

[1252] Cass. crim., 22 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 111.

[1253] Cass. crim., 11 avril 1991, Bull. crim. 1991, n° 175.- Cass. crim., 21 novembre 2007, non publié au Bulletin, pourvois n° 07-86150 et n° 07-86245.- Cass. crim., 16 septembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-82777.- Cass. crim., 5 mai 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-81139.

l'auditoire ». Repris par le Code d'instruction criminelle, ce principe se retrouve aujourd'hui, en matière criminelle, à l'article 309 du Code de procédure pénale. La police de l'audience est attribuée, par l'article 401 du Code de procédure pénale, au président des juridictions correctionnelles et de police. Le même pouvoir est prévu, pour la Cour de cassation, à l'article 601 du Code de procédure pénale. L'article 120 du Code de procédure pénale confie au juge d'instruction, lors des débats qui se déroulent devant lui, des pouvoirs qui se rapprochent par certains aspects de ceux de la police de l'audience[1254].

Ce pouvoir permet à un président de juridiction de prendre les décisions propres à maintenir l'ordre dans la salle d'audience, de recourir à la force armée en cas de besoin, de décider des places que les personnes occupent et, ainsi, réserver dans la salle d'audience certains bancs au barreau ou aux représentants de la presse. Le deuxième alinéa de l'article 306 du Code de procédure pénale autorise expressément un président de cour d'assises à interdire la salle d'audience à certaines personnes, dès lors qu'il est constaté qu'elles sont mineures[1255]. Cette prévision paraît superflue dès lors que la jurisprudence précise qu'un président de juridiction peut décider d'interdire l'accès à la salle d'audience à des personnes dénommées, même si celles-ci sont majeures[1256].

Il peut refuser que des proches d'un accusé s'assoient à son côté[1257], ou qu'une femme poursuivie garde avec elle son jeune enfant à l'audience[1258]. Ces pouvoirs l'autorisent à expulser un perturbateur ou à mettre en place un système de filtrage à l'entrée de la salle d'audience destiné à interdire l'entrée de la salle à des personnes désirant troubler l'audience. Sa décision est discrétionnaire[1259]. En cas de trouble, tumulte etc., le président peut faire évacuer la salle, totalement ou partiellement en n'ordonnant l'expulsion que des seuls perturbateurs[1260]. En cas de tumultes graves, il peut faire fermer les portes de l'auditoire, voire

---

[1254] Cass. crim., 5 janvier 1993, non publié au Bulletin, pourvoi n° 92-85387.

[1255] La décision vaut alors pour toute la durée de l'audience : Cass. crim., 1er février 1950, Bull. crim. 1950, n° 35.- Instruction générale, C. 502 : « *Le deuxième alinéa de l'article 306 permet au président, dans le but de préserver la moralité des jeunes gens qui pourraient être troublés par l'atmosphère quelquefois malsaine de la cour d'assises, d'interdire l'accès de la salle d'audience aux mineurs ou à certains d'entre eux* ».

[1256] Cass. crim., 17 mars 1921, Bull. crim. 1921, n° 130 : accès refusé au frère, connu pour ses actes violents, de l'accusé.

[1257] Cass. crim., 17 avril 1851, Bull. crim. 1851, n° 147.

[1258] Cass. crim., 11 août 1864, Bull. crim. 1864, n° 214.

[1259] « *Le président des assises est seul juge de la gravité des désordres qui lui paraît motiver l'expulsion des perturbateurs* […] *la loi a conféré à ce magistrat un pouvoir discrétionnaire pour maintenir la police de l'audience, et que du moment qu'il a cru , et que le procès verbal exprime, que le désordre était assez grave pour nécessiter l'expulsion des perturbateurs , il n'y a pas lieu de rechercher s'il a existé simplement des murmures*» : Cass. crim., 14 juin 1833, Bull. crim. 1833, n° 236.

[1260] Cass. crim., 24 octobre 1984, Bull. crim. 1984, n° 318.

du tribunal, et poursuivre ainsi l'audience[1261]. Si la salle est totalement évacuée, l'audience doit reprendre avec un nouveau public, sinon il faut que la Cour prononce le huis clos pour pouvoir poursuivre[1262].

Il peut aussi interdire l'entrée de la salle d'audience en ordonnant que les portes soient fermées, pour des raisons de sécurité dès lors qu'une foule trop nombreuse se presse à l'intérieur[1263]. Cependant, il doit alors être constaté que la salle était comble[1264]

Pendant longtemps la Cour de cassation a jugé que la distribution, par le président, de billets d'entrée permettant, en cas d'afflux du public, d'entrer prioritairement dans la salle d'audience n'était « *qu'une mesure d'ordre et de police de l'audience qui ne contrarie point la publicité des débats* »[1265]. Une telle disposition contreviendrait, aujourd'hui, au principe de la publicité des débats qui implique que le public puisse entrer dans la salle d'audience de manière indistincte.

B. La publicité de l'audience laissée à l'appréciation des parties

L'ordonnance de 1945. L'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante[1266] se caractérise par un souci de protection des mineurs et pose le principe d'une publicité restreinte des audiences des tribunaux pour enfants et des cours d'assises pour mineurs[1267]. Pendant les débats de ces juridictions, ne peuvent se maintenir dans la salle d'audience que les personnes pouvant se tenir régulièrement dans une salle où se déroule une audience à huis clos, et celles figurant dans une liste limitative énoncée par l'article 14 de l'ordonnance, c'est-à-dire « *la victime, qu'elle soit ou non constituée partie civile, les témoins de l'affaire, les proches parents, le tuteur ou le représentant légal du mineur, les membres du barreau, les représentants des sociétés de patronage et des services ou institutions s'occupant des enfants, les délégués à la liberté surveillée* ». L'article 20 prévoit l'application de ces dispositions aux mineurs, par renvoi à l'article 14 de l'ordonnance.

[1261] Cass. crim., 30 mai 1839, Bull. crim. 1839, n° 168 : « *que le tumulte n'ayant pas discontinué aux issues de la salle d'audience, les portes ont dû rester fermées depuis ce moment, et que l'entrée en a été défendue par la force armée contre la populace qui lançait des pierres contre la porte principale du palais* ».
[1262] Cass. crim., 14 juin 1833, Bull. crim. 1833, n° 236.
[1263] Cass. crim., 10 janvier 1850, Bull. crim. 1850, n° 17.
[1264] Cass. crim., 5 juin 1890, Bull. crim. 1890, n° 116.
[1265] Cass. crim., 6 février 1812, *S.* 1812.I.97.
[1266] Ordonnance n° 45-174 relative à l'enfance délinquante du 2 février 1945.
[1267] Loi n° 2011-939 du 10 août 2011.

Un principe à valeur constitutionnelle. Le principe de la publicité restreinte pour l'audience de jugement des mineurs a été reconnu comme un principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans une décision du 29 août 2002[1268], rendue au sujet de la loi d'orientation et de programmation pour la justice.

Le tribunal correctionnel pour mineurs. La loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs a créé un tribunal correctionnel des mineurs[1269]. Il est compétent de manière exclusive pour le jugement des mineurs âgés de plus de seize ans, en état de récidive légale, poursuivis pour un délit « *puni d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à trois ans* »[1270].

Le principe de la publicité restreinte, nous l'avons dit, est posé à l'article 14 qui organise la procédure devant le tribunal pour enfants. Cette procédure est applicable à la procédure devant la cour d'assises des mineurs par les prévisions de l'article 20. La procédure applicable devant le tribunal correctionnel pour mineurs n'apparaît pas dans l'ordonnance de 1945. Cependant, le futur article 24-1 de l'ordonnance de 1945[1271], issu de la loi du 10 août 2011, précise : « *Les dispositions du chapitre III de la présente ordonnance relatives au tribunal pour enfants s'appliquent au tribunal correctionnel pour mineurs* ».

Un expert, « *qui participe régulièrement aux débats* » peut être dans la salle jusqu'au moment de son audition, sans porter atteinte au principe de publicité restreinte[1272]. Il en est de même du tuteur ou du curateur d'une partie civile[1273], de la victime[1274], d'une partie civile[1275] de magistrats ne faisant pas partie de la juridiction de jugement[1276], d'auditeurs de justice[1277].

[1268] Décision 2002-461 DC, JORF 10 sept. 2002, p. 14953.

[1269] Des tribunaux correctionnels pour mineurs statuent en France depuis janvier 2012. La première audience d'une juridiction de ce type au tribunal de grande instance de Paris s'est déroulée le 6 avril 2012 : *Le Monde*, « Première audience au Tribunal correctionnel pour mineurs de Paris », 7 avril 2012. Une quarantaine de personnes ont été jugées par un tribunal correctionnel pour mineurs en France au cours du premier trimestre 2012.

[1270] Art. 9 de l'ordonnance de 1945.

[1271] Qui sera applicable à compter du 1er janvier 2012.

[1272] Cass. crim., 8 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 332.

[1273] Cass. crim., 8 mars 2000, Bull. crim. 2000, n° 326.

[1274] Cass. crim., 15 décembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 975.- Cass. crim., 10 janvier 1996, Non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-82990. La Cour de cassation précisant qu'une victime d'un crime ou d'un délit est « *nécessairement témoin* ».

[1275] Cass. crim., 22 juin 1976, Bull. crim. 1976, n° 230.

[1276] Cass. crim., 22 juin 1994, Bull. crim. 1994, n° 625 : « *la limitation de* [la] *publicité* [des débats], *telle qu'elle résulte des dispositions des articles 14 et 20 de l'ordonnance du 2 février 1945, ne concerne pas les magistrats.* »

[1277] Cass. crim., 26 janvier 1994, non publié au Bulletin, pourvoi n° 93-83459 : « *l'assistance aux délibérés des cours d'assises permise aux auditeurs de justice par l'article 19 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 implique à l'évidence leur présence aux côtés de la Cour durant les débats de cette juridiction, alors même que ceux-ci auraient lieu sous le régime de la publicité restreinte.* »

Comme pour ce qui concerne le huis clos, les membres du barreau peuvent rester dans la salle d'audience[1278].

En revanche, ne respecte pas le principe de la publicité restreinte et a entraîné l'annulation de la décision rendue, la présence dans le public d'une personne n'étant pas autorisée à s'y trouver, par exemple : une journaliste[1279] ou le père de la victime dont la constitution de partie civile avait été déclarée irrecevable[1280].

Le président peut toutefois ordonner aux témoins de se retirer à l'issue de leur audition. Par ailleurs, jusqu'en 2002[1281], ce texte n'autorisait pas la présence de la victime non constituée partie civile, même si la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation avait remédié à cette situation en assimilant la victime à un témoin[1282]. La publicité restreinte, est d'ordre public. La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 20 octobre 2009, que « *la publicité restreinte, qui déroge au principe de la publicité des débats, est instaurée pour protéger la personnalité et l'identité du mineur et que sa violation fait forcément grief aux intérêts de celui-ci* »[1283]. La cassation est également encourue si, pour les audiences sur le fond devant des juridictions pour mineurs, le principe de la publicité restreinte est méconnu au profit de la publicité de l'audience, aussi bien pour le débat sur l'action publique[1284] que sur l'action civile[1285]. En revanche, ne fait pas grief et n'entraîne pas la nullité de l'arrêt, le fait qu'une audience d'une juridiction pour mineurs se soit déroulée à huis clos plutôt que sous le régime de la publicité restreinte[1286]. Par ailleurs, si des mineurs et des majeurs sont jugés ensemble, c'est la procédure de publicité restreinte qui s'applique, la Cour de cassation ayant même jugé que ce régime s'appliquait dans une affaire où, en raison d'une disjonction des dossiers, il ne restait plus à juger par la cour d'assises des mineurs qu'un accusé… majeur[1287].

[1278] Cass. crim., 17 janvier 1990, Bull. crim. 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-84205.
[1279] Cass. crim., 24 juin 1998, Bull. crim. 1998, n° 205.
[1280] Cass. crim., 6 janvier 1993, Bull. crim. 1993, n° 10.
[1281] Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002- Art 30, JORF du 10 sept. 2002.
[1282] Cass. crim., 15 décembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 393 : « *la victime d'un crime ou d'un délit soumis à la juridiction des mineurs, qu'elle soit ou non constituée partie civile, est nécessairement un témoin au sens des articles 14 et 20 de l'ordonnance du 2 février 1945* ».
[1283] Cass. crim., 20 octobre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-85138.
[1284] Cass. crim., 12 mai 1965, Bull. crim. 1965, n° 137.- Cass. crim., 1er février 1989, Bull. crim. 1989, n° 126.
[1285] Cass. crim., 15 décembre 1965, Bull. crim. 1965, n° 277.- Cass. crim., 23 juin 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-85057.
[1286] Cass. crim., 26 février 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-81042.
[1287] Cass. crim., 4 juillet 1989, Bull.crim. 1989, n° 285.- Sous le régime des textes actuels et après l'ajout du dernier alinéa de l'article 306 du code de procédure pénale par la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002, le majeur pourrait demander à être jugé en audience publique, comme pourrait le faire un accusé seul en cause, mineur au moment des faits mais majeur à celui de l'audience. Mais s'il ne demande pas à bénéficier de cette possibilité, la question du maintien de cette jurisprudence de 1989 se poserait tout de même.

Par ailleurs, le principe de la publicité des débats veut qu'un mineur entendu comme témoin devant une juridiction ayant à juger des majeurs, fût-il coauteur ou complice des personnes jugées séparément, soit entendu en audience publique[1288].

L'exception de la publicité à la demande de la personne poursuivie. L'ordonnance de 1945 posait un postulat : la publicité restreinte était toujours de l'intérêt du mineur poursuivi. Poursuivi devant une juridiction pour mineurs, alors qu'il était âgé de plus de trente ans, M. Patrick Dils réclamait, au nom du respect du procès équitable, le droit à une audience publique. Il fallut modifier la loi pour que cette demande puisse être exaucée.
L'article 9 de la loi n° 2002-37 du 4 mars 2002 est venu modifier les articles 306 du Code de procédure pénale en y ajoutant *in fine* un alinéa : « *Les dispositions du présent article sont applicables devant la cour d'assises des mineurs si la personne poursuivie, mineure au moment des faits, est devenue majeure au jour de l'ouverture des débats et qu'elle en fait la demande, sauf s'il existe un autre accusé qui est toujours mineur ou qui, mineur au moment des faits et devenu majeur au jour de l'ouverture des débats, s'oppose à cette demande* ». La même loi a inséré des dispositions de même nature à l'article 400 du Code de procédure pénale : « *Les dispositions du présent article sont applicables devant le tribunal pour enfants si* […] ».

Un principe retenu pour le tribunal correctionnel pour mineurs La loi du 10 août 2011, en instituant le tribunal correctionnel pour mineurs, n'a modifié ni la formulation de l'article 400 du Code de procédure pénale, ni celle de l'article 14 de l'ordonnance de 1945. L'article 24-1 de cette loi dispose néanmoins : « *en ce qui concerne l'article 14, la personne poursuivie, mineure au moment des faits et devenue majeure au jour de l'ouverture des débats, peut demander la publicité des débats dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 400 du code de procédure pénale* ». Mme Taubira, ministre de la Justice, a annoncé publiquement, vendredi 18 mai 2012, son intention de supprimer les tribunaux correctionnels pour mineurs[1289], ce qui ne change rien à la procédure applicable, en matière de publicité, devant les juridictions pour mineurs.

[1288] Cass. crim., 23 juin 1993, Bull. crim. 1993, n° 223.- Evidemment, l'audition du témoin mineur se fait sous le régime de la publicité restreinte, si ce témoignage intervient devant une juridiction pour mineurs : Cass. crim., 4 novembre 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 99-82026.
[1289] *Le Monde*, « Taubira veut supprimer les tribunaux correctionnels pour mineurs », 20 mai 2012.

La contestation législative du principe. Dans l'état actuel de notre droit, le régime de la publicité restreinte s'impose dès lors que la personne jugée était mineure au moment des faits. La Convention européenne des droits de l'homme ne pose pas le principe d'une interdiction absolue de la publicité pour ce qui concerne le jugement de personnes mineures puisque son article 6 énonce que « *l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès* […] *lorsque les intérêts des mineurs* […] *l'exigent* »[1290].

Comment, dès lors que le principe général de la publicité restreinte a été écorné au nom de l'intérêt personnel de la personne poursuivie, peut-on durablement en limiter le bénéfice au seul accusé ? Affirmer que l'intérêt d'un accusé majeur, jugé par une juridiction pour mineurs, est toujours supérieur à d'autres intérêts légitimes paraît périlleux au regard du modèle du procès équitable. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est aussi une garantie pour la victime se constituant partie civile. Une justice quasi-secrète offre-t-elle, au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme, les garanties d'impartialité que des victimes peuvent attendre de l'institution judiciaire ? Il est de nombreuses situations où un être humain peut légitimement penser que sa cause ne sera pas entendue équitablement, soit en raison de sa propre situation personnelle, de ses origines, de sa religion, etc… soit en raison de l'embarras que son affaire peut causer aux autorités en place. La procédure pénale actuelle permet, en associant un seul mineur à la liste des accusés majeurs poursuivis, même si ce mineur n'est impliqué que de manière extrêmement périphérique dans les faits poursuivis, de soustraire les débats à la publicité, puisque l'application automatique de la loi commande un régime de publicité restreinte dès lors qu'un accusé mineur au moment des faits ne demande pas la publicité[1291].

Une illustration récente de ce propos s'est trouvée dans le procès, devant la cour d'assises des mineurs de Paris, d'un groupe de jeunes gens poursuivis après l'assassinat, précédé de tortures, d'un jeune homme de confession juive, dans un contexte qui pouvait laisser supposer un crime dicté par des mobiles antisémites. Sur les vingt-et-une personnes renvoyées devant la cour d'assises, seules deux étaient mineures au moment des faits, mais majeures au jour de l'audience de jugement. L'une d'entre elles a refusé la publicité des débats et ce procès s'est déroulé selon les règles de la publicité restreinte. Comme souvent lorsque des affaires jugées devant des juridictions pour mineurs attirent l'attention du public, mais se déroulent selon la

[1290] Certains pays gardent le principe de la publicité, mais renforcent, de manière considérable, les exceptions à celle-ci pour les juridictions pour mineurs. La décision de rendre publique ou non l'audience appartient aux juridictions : Autriche, Belgique, Royaume-Uni, Danemark, Espagne, Finlande, Lituanie.
[1291] Cass. crim., 12 novembre 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-83642.

procédure de la publicité restreinte, le débat est sorti de la salle d'audience et a échappé au contrôle de l'autorité judiciaire. D'ordinaire, dans de telles circonstances, le débat entre les parties se refait dans la salle des pas perdus, sous l'œil des caméras de télévision. Ici, les principaux avocats de l'affaire se sont déplacés dans les studios de France Télévision, pour opposer leurs points de vue en début de soirée, sur France 2. La confrontation de leurs arguments à une heure de grande écoute a remplacé, pour le public, le procès.

L'émoi qu'a suscité l'application de la procédure de la publicité restreinte à cette affaire a conduit deux députés, MM. François Baroin (UMP) et Jack Lang (PS), à déposer une proposition de loi visant à permettre aux cours d'assises des mineurs de décider de la nécessité ou non d'une audience publique, sur le fondement de la mise en balance avec l'intérêt général, dans le cas où les personnes poursuivies sont majeures au jour de l'audience[1292]. En réalité, cette hypothèse englobe la quasi-totalité des procès menés devant ces juridictions puisque, en raison de la longueur de l'instruction en cas de crime, les personnes poursuivies sont presque toujours devenues majeures lorsqu'elles comparaissent devant une cour d'assises des mineurs[1293]. S'expliquant au sujet de cette proposition de loi, M. François Baroin a déclaré : « *La victime peut estimer nécessaire que les débats soient ouverts au public, afin que le procès puisse se dérouler dans des conditions empêchant toute mise en cause de l'impartialité des débats et toute déformation volontaire de ces débats dans la presse du fait du rôle d'intermédiaire joué par les avocats des parties et, dans certains cas, par le ministère public. Notamment, certains faits mettant en jeu des questions fondamentales dans la cohésion de la société, tels des crimes pouvant revêtir la qualification de crimes racistes ou antisémites exigent aux yeux des victimes ou de leurs proches que l'opinion puisse être directement et correctement informée de la nature des faits commis à leur encontre* ».

La proposition de loi de MM. François Baroin et Jack Lang a été adoptée par l'Assemblée nationale le 16 février 2010, mais ce texte n'a pas été inscrit à l'ordre du jour du Sénat qui en a renvoyé l'examen dans le cadre de la réflexion globale à venir au sujet de la procédure applicable devant les juridictions pour mineurs. Malgré la réintroduction, par l'Assemblée nationale, du principe d'une publicité des débats laissés à l'appréciation des juridictions pour la procédure devant les cours d'assises des mineurs, ces dispositions n'ont pas été retenus par

[1292] Proposition de loi n° 1816, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 juillet 2009, « *visant à modifier la procédure du huis clos devant la cour d'assises des mineurs* ».

[1293] Selon les chiffres du ministère de la Justice, présenté par M. Baroin dans son rapport : en 2009, 98,3% des accusés devant une cour d'assises des mineurs étaient majeurs. Ce chiffre était de 97,9 % en 2007 ; 99,5 % en 2006 ; 98,6 % en 2005. Pour ces quatre années, ce taux montait à 100% pour les procès en appel.

le Sénat et ne figurent pas dans la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

Le huis clos pour les victimes de viol. Si l'intérêt public l'emporte de manière générale sur l'intérêt des parties privées pour commander la publicité des audiences pénales, la loi a cependant fait une exception, pour les audiences des cours d'assises, en ce qui concerne les personnes, constituées partie civile, dans des affaires « *de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles* »[1294]. Dans ces circonstances, le huis clos est de droit si une des parties civiles le demande. Cette disposition dérogatoire prend en considération plusieurs éléments propres à la situation des victimes de viol, dont la spécificité très affirmée commande des mesures particulières.

Une victime suspecte. Matthew Hale ne cachait pas, suite à sa propre expérience de praticien au cœur du XVIIe siècle, l'embarras que lui causaient certaines affaires de viol, notamment entre proches. « *Le viol est une accusation facile à porter mais difficile à établir, et encore plus difficile à défendre pour la partie accusée* » notait-il déjà [1295]. Depuis des siècles, une des premières démarches des juges et des enquêteurs est donc de s'assurer que la personne qui accuse ne ment pas. Les progrès réalisés en matière d'examens médico-légaux et de prise en charge des victimes d'agression sexuelle par le système judiciaire n'enlèvent pas le fait que la parole de la personne se plaignant d'un viol, parole qui fait l'accusation et qui doit donc être reçue avec précaution, va souvent être accueillie avec méfiance, notamment pendant la phase des expertises[1296].

Le Code de procédure pénale assure une position tout à fait particulière à la personne partie civile ou victime présumée d'une agression sexuelle accompagnant des actes de barbarie. Ainsi, sa décision peut-elle être souveraine en matière de huis clos. Ce pouvoir concerne l'audience de jugement devant la cour d'assises[1297], à la condition que la victime se soit constituée partie civile[1298], que pour les audiences intervenant en cours d'instruction.

[1294] Art. 306, al. 3, du Code de procedure pénale.

[1295] HALE Matthew, *Historia Placitorum Coronae : The history of the Pleas of the crown* [1736, posthume], vol. 1, Londres, Small, 1847, p 634 : « *it is true rape is a most detestable crime* [...], *but it must be remembered, that it is an accusation easily to be made and hard to be proved, and harder to be defended by the party accused* »

[1296] D'ordinaire, un des éléments récurrents de ces expertises est de se prononcer sur le caractère « *affabulateur* » ou non de victime, transformant l'expertise pratiquée sur la victime en un examen de crédibilité de cette dernière.

[1297] Article 306 du Code de procédure pénale : « *Lorsque des poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agression sexuelle le huis clos est de droit si la victime partie civile ou une des victimes parties civiles le demande.* » Lois n° 92-1336 du 16 décembre 1992 et n° 80-1041 du 23 décembre 1980 : Cass. crim. 28 avril 1983, Bull. crim. 1993, n° 158.

[1298] Et qu'elle réunisse, donc, la double qualité de victime et de partie civile.

La décision souveraine de la victime constituée partie civile. Pour les victimes de viol, l'existence d'un traumatisme spécifique généré par la manière dont est conduite la procédure judiciaire peut être nettement relevée dans les systèmes procéduraux de type accusatoire, où la preuve se fait à l'audience et où la victime, considérée comme un témoin de l'accusation, subit le contre-interrogatoire hostile de l'avocat de l'accusé[1299]. Les critiques ont été particulièrement vives aux Etats-Unis à ce sujet, leurs auteurs estimant qu'aucun intérêt public ne pouvait justifier la souffrance infligée aux victimes par la procédure judiciaire en matière de crime sexuel, et qu'elle était totalement inacceptable concernant les enfants[1300], le rôle d'un Etat et de l'institution judiciaire étant de protéger les personnes en situation de vulnérabilité et non d'ajouter de la souffrance à la douleur[1301]. Le débat a été tranché en 1990 par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans son arrêt *Maryland contre Craig*[1302], qui a validé, par un revirement de jurisprudence[1303], le fait d'entendre un enfant victime d'un viol dans une autre salle que celle où se trouvait l'accusé, l'audition étant suivie par ce dernier *via* une retransmission télévisée interne. Dans un arrêt rendu en 1982, la Cour suprême des Etats-Unis a, posé le principe que le huis clos ne pouvait pas être systématique, y compris pour des victimes de viol mineures[1304]. La Cour suprême des Etats-Unis a ajouté que cette décision devait être prise au cas par cas sur le fondement de plusieurs critères : l'âge du mineur victime, sa maturité psychologique et sa capacité de compréhension, la nature du crime, les souhaits de la victime et les intérêts des parents et des proches[1305].

L'ampleur des répercussions psychologiques imputables à la seule procédure judiciaire a conduit la plupart des pays occidentaux à s'interroger sur la balance des intérêts en

---

[1299] La *cross-examination*.

[1300] GOODMAN Gail, LEVINE Murray, MELTON Gary, OGDEN David, « *Child witnesses and the confrontation clause* », *Law and Human Behavior*, vol. 15, février 1991, pp. 13-29.

[1301] Le terme souvent utilisé par la doctrine américaine pour décrire cette situation est « *Parens patriae* », qui désigne le rôle de l'Etat comme souverain et protecteur des intérêts des personnes n'étant pas en situation de se défendre par elles-mêmes. CECCHETTINI-WALEY Gail, « *Children as witnesses after Maryland v. Craig* », *California Law Review*, vol. 65 S, 1991-1992, p 1993.

[1303] En 1988, dans l'arrêt *Coy contre Iowa*, *(Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012) la Cour suprême avait en effet estimé que les victimes de viol ne devaient pas bénéficier de protections spéciales, la confrontation directe entre l'accusé
et l'enfant, pour désagréable qu'elle soit pour ce dernier, pouvant aussi révéler de fausses accusations ou la manipulation de l'enfant par un adulte malveillant : «[f]*ace-to-face presence may, unfortunately, upset the truthful rape victim or abused child; but by the same token it may confound and undo the false accuser, or reveal the child coached by a malevolent adult* » (*Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1020). On notera cependant, pour soupeser cette différence radicale d'appréciation de la Cour suprême à deux ans d'écart, que dans l'affaire *Coy contre Iowa* les victimes avaient treize ans, alors que dans l'affaire *Maryland contre Craig* la victime n'en avait que six.

[1304] Cour suprême des Etats-Unis, *Globe Newspaper Co v. Superior Court*, 457 U.S. 596 (1982).

[1305] Cour suprême des Etats-Unis, *Globe Newspaper Co v. Superior Court*, 457 U.S. 608.

présence[1306] et à aménager les procédures relativement aux victimes. Pour la victime d'un viol, porter plainte peut représenter un dilemme. Déjà atteinte dans son intimité, elle s'expose en effet à voir évoquer en public, et devant son agresseur, des éléments personnels intimes comme l'existence d'agressions sexuelles antérieures, son orientation sexuelle, l'historique détaillé de ses relations sexuelles passées et de ses partenaires, des avis d'experts parfois empreints de jugement moral[1307] sur son comportement sexuel général auxquels vont s'ajouter les considérations éventuelles de l'enquête de personnalité, des expertises médicales, psychologiques ou psychiatriques, ainsi que le rappel détaillé d'éventuelles addictions ou l'évocation de certains secrets de famille. La spécificité de la situation de la victime d'un viol ne réside donc pas seulement sur des débats portant forcément sur des faits de nature intime mais aussi sur l'ampleur inhabituelle, même en procédure pénale, de l'atteinte à tous les aspects de la vie privée de la victime que représente une audience en la matière.

Sous l'Ancien régime, les plaintes pour viol étaient peu entendues et les procès encore plus rares, surtout lorsque la victime était une femme adulte –ne parlons même pas de l'hypothèse dans laquelle la victime était un homme- et qu'il n'y avait eu ni meurtre, ni blessure grave[1308]. Cette tolérance de la France ancienne aux agressions sexuelles est associée au sentiment d'indignité qui enveloppait la victime et réunissait dans le même opprobre l'agresseur et l'agressé(e). Ce préjugé a survécu à la Révolution dans la pratique judiciaire malgré la classification du viol dans la catégorie des crimes dans le Code pénal de 1791, qui place l'infraction parmi les atteintes à l'intégrité et à la dignité de la victime. Il a fallu attendre 1857, et une affaire nancéienne[1309], pour que la contrainte morale soit constitutive du crime de viol.

Le terme de « *honte* » n'appartient pas au vocabulaire de la psychopathologie ou de la psychanalyse. Le psychanalyste Claude Barazer la définit cependant de la manière suivante : « *La honte désigne par excellence un type d'affect, non assimilable à l'angoisse, à la fois prévenant, signalant et sanctionnant un franchissement des limites de l'intime, franchissement qui échappe au contrôle de la volonté, corrélatif d'un état d'impréparation et qui dévoile cette part d'intime à l'autre et éventuellement m'en dépossède, au profit de cet autre* »[1310], définition qui renvoie aussi à la problématique de la publicité.

[1306] BRANNON Christine, *« Trauma of testifying in Court for child victims of sexual assault versus the accused's right to confrontation »*, *Law and Psychology Review*, vol. 18, 1994, pp. 439-460.

[1307] WELZER-LANG Daniel, *Le viol au masculin, « coll. Logiques sociales »*, vol. 45, Paris, L'Harmattan, 1988, pp. 84-86.

[1308] Pour une étude du sujet : VIGARELLO Georges, *Histoire du viol, XVIe-XXe siècle*, « Points », vol. 270, Paris, Editions du Seuil, 2000.

[1309] Cass. crim., 25 juin 1857, *P*.I.857. L'affaire avait vu les auteurs de doctrine s'affronter avec énergie. Mittermaier et Haus étaient opposés à la solution. Dalloz, Hélie et Chauveau la soutenaient.

[1310] BARAZER Claude, *Hontes sans issue*. *Documents & Débats, Bulletin Intérieur de*

La publicité du procès se trouve donc écartelée entre deux pôles. L'audience pénale peut permettre de briser le silence[1311], et constituer un élément de reconstruction de la victime dans la dimension ontologique de sa dignité. Elle peut aussi être une nouvelle souffrance, reproduisant psychologiquement l'atteinte à la dignité subie, c'est-à-dire l'abaissement à la qualité d'objet : le sentiment de dépossession vécu lors des faits est alors ravivé par l' exposition publique.

La loi prend en considération ces deux aspects, plaçant la victime dans la situation d'un choix souverain : décider, seule, du huis clos ou interdire, seule, le huis clos[1312]. L'article 306 du Code de procédure pénale énonce, en effet, que « [l]*orsque les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande ; dans les autres cas, le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas* »[1313]. La Cour de cassation juge régulièrement que ce pouvoir absolu de la victime sur la publicité de l'audience est conforme à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[1314]. Si la victime entre dans les critères de l'article 306 du Code de procédure pénale, elle peut demander que le régime du huis clos s'applique devant une juridiction pour mineurs, ce régime étant plus restrictif que celui de la publicité restreinte[1315].

En l'absence de la victime ou en raison de la minorité de celle-ci, la mesure peut valablement être demandée par son avocat[1316], un administrateur *ad hoc*[1317] dès lors qu'il s'est régulièrement constitué partie civile.

La contestation d'une décision exclusive de la victime. La Cour de cassation, devant laquelle était contestée, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention, une disposition qui étend à toute une catégorie d'affaire le principe du huis clos sans que la personne

---

l'Association Psychanalytique de France, n°. 52, 2000.

[1311] En matière d'inceste notamment, le secret partagé avec le violeur, ainsi que la honte, sont des sentiments étroitement associés aux faits. Briser le silence peut, ici, être une étape publique et symbolique de la reconstruction de la victime. Mme Eva Thomas a expliqué combien silence et viol sont associés chez certaines victimes. Combattre l'un, c'est alors retrouver son identité, déconstruite par l'agresseur : THOMAS Eva, *Le viol du silence*, Aubier, 2006.

[1312] Choix qui doit être éclairé, par une préparation et un accompagnement approprié, à commencer par ceux de l'avocat et des associations spécialisées.

[1313] Le principe a été instituée par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, entrée en vigueur le 1er mars 1994.

[1314] Cass. crim., 17 février 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-84377.

[1315] Cass. crim., 24 septembre 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-84763.

[1316] Cass. crim., 4 mars 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n°08-83543. La victime, majeure, était absente.

[1317] Cass. crim., 24 octobre 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 07-81472. L'administrateur était l'UDAF.

poursuivie ait la moindre possibilité d'espérer un procès public a jugé qu'une telle disposition légale ne faisait « *qu'édicter une prescription entrant dans les prévisions conventionnelles* »[1318], ce qui demeure très discutable puisque la Convention prévoit la possibilité de restreindre la publicité, non l'obligation de la supprimer systématiquement sans opérer la moindre mise en balance des intérêts en présence.

La publicité pendant l'instruction. Lorsque le principe est celui de débats publics, les parties peuvent former une opposition pour que les débats se déroulent en chambre du conseil. Lorsque les débats sont, de droit, en chambre du conseil la personne mise en examen majeure, ou son avocat, peut solliciter une audience publique sur le fondement de l'article 199 du Code de procédure pénale.

[1318] Cass. crim., 17 février 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-84377.

Section 2. L’affaiblissement du principe de la publicité de l’audience par la jurisprudence

Plan. La chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a longtemps exigé l’obligation d’un constat formel de la publicité de l’audience, a admis le recours à une technique de présomption de cette publicité (§ 1) avant de remettre en cause le caractère d’ordre public de la publicité de l’audience et d’en valider même la fiction (§ 2).

§1. De l'obligation de constat à la présomption de publicité de l'audience

Plan. D'abord posée de manière ferme par la jurisprudence (A), l'obligation de constat de la publicité des audiences pénales a rapidement laissé la place dans la jurisprudence à différentes situations pour lesquelles la technique de la présomption prévaut (B).

A. Le principe de la publicité de l'audience dans la jurisprudence

Un principe « *essentiel* ». Dans une décision de 1889, la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « *la publicité est de l'essence du jugement et de l'instruction soumise à la juridiction correctionnelle.* »[1319]. Cette formulation se retrouve presqu'à l'identique en 1954 : « *la publicité est de l'essence des jugements ou arrêts et de l'instruction des affaires soumises à la juridiction correctionnelle* »[1320]. Définissant le principe de publicité judiciaire, la Cour de cassation déclare qu'il s'agit d'un « *principe essentiel de la procédure* »[1321] ou d'une « *garantie essentielle* »[1322]. Un arrêt de la chambre criminelle en 1852 indique que « *le principe de la publicité des débats* [est] *de l'essence même de la justice* »[1323], tandis qu'une décision du 6 février 1824 souligne que « *d'après toutes nos lois en matière soit civile, soit criminelle, correctionnelle ou de police, la publicité est toujours de l'essence des jugemens* »[1324]. C'est aussi le terme « *essentiel* » que Faustin Hélie a retenu relativement à la publicité : « *La publicité de l'audience est une forme essentielle de la procédure* »[1325] écrivait-t-il dans son *Traité de l'instruction criminelle*. L'article C 497 de l'instruction générale relative au Code de procédure pénale de 1958 évoque également le « *principe*

[1319] Cass. crim., 5 septembre 1889, Bull. crim. 1889, n° 298.
[1320] Cas. Crim., 24 juin 1954, Bull. crim. 1954, n° 235.
[1321] Cass. crim.., 11 avril 1867, Bull. crim. 1867, n° 88.- Cass. crim., 10 juillet 1974, Bull. crim. 1974, n° 253.
[1322] Cass. crim., 9 juillet 1825, Bull. crim. 1825, n° 129.
[1323] Cass. crim. 22 janvier 1852, Bull. crim. 1852, n° 24; *D.* 1852.IV.458.
[1324] Cass. crim. 6 février 1824, Bull. crim. 1824, n° 24.
[1325] HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 2, Paris, Plon, 1867, n° 3395. Nous retranscrivons l'orthographe de l'époque.

essentiel de la publicité ». Complétant une jurisprudence déjà fournie[1326], la Cour de cassation a encore qualifié la publicité de « *principe essentiel de la procédure* » dans plusieurs arrêts plus récents[1327].

Un principe d'ordre public. « *La publicité des débats est de droit public* »[1328] juge la Cour de cassation en 1810. La publicité des audiences en matière correctionnelle « *est d'ordre public* » énonce-t-elle en 1974[1329]. Pour la Cour de cassation, le caractère d'ordre public de la publicité des audiences prévues aux articles 306 du Code de procédure pénale pour les juridictions criminelles, 400 et 512 pour les juridictions correctionnelles et 535 pour les juridictions de police et de proximité entraîne l'exclusion de l'application de l'article 802 du Code de procédure pénale en matière de nullité[1330]. Ce principe avait paru être remis en cause, en 1999, par deux arrêts rendus le même jour par la chambre criminelle de la Cour de cassation[1331] au sujet de décisions des chambres d'appel correctionnel des cours d'appels de Grenoble et Aix-en-Provence, sur le fondement de l'article 480-7 du Code de l'urbanisme. Les requêtes en relèvement d'astreinte et en reversement d'une astreinte avaient été instruites en chambre du conseil, et la Cour de cassation a été saisie au motif d'une violation du principe général de la publicité des débats devant les juridictions pénales. La chambre criminelle a rejeté les pourvois, en jugeant que « *si c'est à tort que l'affaire a été débattue en chambre du conseil et non pas en audience publique, l'irrégularité commise ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur.* » Cette application de la règle « *pas de nullité sans grief* » à la publicité des débats, qui transformait le défaut de publicité d'une cause de nullité d'ordre public en une cause de nullité d'ordre privé, avait alors été très durement critiqué par la doctrine[1332], qui estimait notamment qu'une telle décision était incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chambre

[1326] Cass. crim.,11 avril 1867, Bull. crim. 1867, n° 88.- Cass. crim., 17 mars 1921, Bull. crim. 1921, n° 130.
[1327] Cass. crim., 10 juillet 1974, Bull. crim. 1974, n° 253.- Cass. crim., 24 octobre 1984, Bull. crim. 1984, n° 318.- Cass. soc., 16 mars 1999, non publié au Bulletin, n° de pourvoi 95-14577.
[1328] Cass. crim., 17 mai 1810, Bull. crim. 1810, n° 68.
[1329] Cass. crim., 12 novembre 1974, Bull. crim. 1974, n° 325.
[1330] Cass. crim., 10 juillet 1974, Bull. crim. 1974, n° 53.- Cass. crim., 12 novembre 1974, Bull. crim. 1974, n° 325.- Cass. crim. 17 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 212.
[1331] Cass. crim., 15 juin 1999, Bull. Crim. n° 135 et n° 136.
[1332] Notamment : MAYER Danièle, CHASTAING Jean-François, « Application erronée de la règle pas de nullité sans grief en matière de publicité des débats », note, D. 1999. 689.- MARON Albert, Dr. pénal, 1999, comm., n° 157.

criminelle avait confirmé en 2001[1333] sa jurisprudence, en affinant toutefois son raisonnement – non publié au Bulletin –, qui prenait désormais en considération l'ensemble de la procédure, dans une formulation à la limite de l'appréciation *in concreto*, visiblement inspirée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « *Attendu que, si c'est à tort que l'affaire a été jugée en chambre du conseil et non pas en audience publique, l'irrégularité commise ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors que le délit ne portait que sur un incident d'exécution d'une décision antérieure ayant prononcé publiquement sur la culpabilité, et qu'il n'est pas établi, ni même allégué, que le défaut de publicité ait porté atteinte aux intérêts des demandeurs.* » Dans le même temps, dans un arrêt de cassation du 27 septembre 2000, la chambre criminelle affirmait aussi sur le ton qui sied à une juridiction qui répète un principe séculaire : « *La publicité des débats judiciaires est une règle d'ordre public* »[1334]. Ces trois arrêts ne reconnaissant pas le caractère d'ordre public du principe sont, cependant, finalement restés isolés, puisque la Cour de cassation est revenue en 2006[1335] à sa jurisprudence antérieure en la matière[1336], qui n'exige donc pas l'exigence d'un grief pour prononcer une nullité fondée sur la méconnaissance du principe de la publicité judiciaire pendant la phase décisoire du procès pénal. Ce retour à la jurisprudence classique de la Cour de cassation a été confirmé depuis[1337], la Haute-juridiction qualifiant désormais de manière régulière le principe de publicité des débats en matière pénale de « *règle d'ordre public* »[1338].

Une condition de validité de la décision. Sauf dans les cas des exceptions prévues par la loi, la publicité des débats et du prononcé est une des conditions de la validité de toute décision que rendra une juridiction pénale. Le principe a traversé les siècles depuis 1789. L'article 592, alinéa 3, du Code de procédure pénale retient l'absence de débat public, comme une cause d'ouverture à cassation : « *Sont* […] *déclarées nulles les décisions qui, sous réserve des exceptions prévues par la loi,* […] *dont les débats n'ont pas eu lieu en audience publique* ».

[1333] Cass. crim., 20 mars 2001, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-82868,

[1334] Cass. crim.., 27 septembre 2000, Bull. crim. 2000, n°283.

[1335] Cass. crim., 7 novembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 275.

[1336] Cass. crim., 19 janvier 1982, Bull. crim. 1982, n° 17.- Cass. crim., 2 juin 1981, Bull.crim. 1981, n° 186.

[1337] Cass. crim., 30 janvier 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 06-84367.- Cass. crim., 7 avril 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86548.

[1338] Cass. crim., 17 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 212.- Cass. crim., 2 septembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-87304.- Cass. crim., 17 septembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 07-87967.- Cass. crim., 9 novembre 2005, Bull. crim. 2005, n° 292.

L'absence de publicité entraîne la nullité de la décision rendue et des débats eux-mêmes[1339]. La publicité des débats est un « *principe général* » de la procédure[1340]. « *Doit être annulé* [l'] *arrêt rendu* […] *sans que soit constaté qu'il ait été procédé en audience publique* »[1341]. La publicité est une condition « *substantielle* » de la validité de la procédure de jugement[1342] ; « *La publicité est une des formes substantielles prescrites à peine de nullité pour la validité des jugements* »[1343]. « [L]*a publicité est toujours de l'essence des jugements* […] *elle est, pour leur validité, absolument indispensable* »[1344], « *à défaut de constatation de cette formalité substantielle, tout jugement doit être annulé comme ne portant pas en lui-même la preuve de légalité* »[1345]

La publicité doit être constatée. La Cour de cassation exige depuis longtemps comme condition substantielle de la validité d'une décision que la publicité de l'audience ait été constatée[1346] : « *à défaut de constatation de cette formalité substantielle, tout jugement doit être annulé comme ne portant pas en lui-même la preuve de légalité* »[1347]. S'il ne résulte pas que l'instruction a été menée et le jugement a été rendu en audience publique, le jugement « *ne porte pas avec lui la preuve de sa légalité* »[1348].

Cette nullité est prévue de manière expresse à l'article 592 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 et qui dispose : « *Sont, en outre, déclarés nulles les décisions qui, sous réserve des exceptions prévues par la loi, n'ont pas été rendues ou dont les débats n'ont pas eu lieu en audience publique* ».

En 1813, la Cour de cassation précisait déjà *:* « [A]*ttendu que c'est pour l'honneur de la magistrature, autant que pour l'intérêt de la justice, que le législateur a prescrit la publicité des plaidoyers, des rapports et du jugement ; que l'observation des règles impérativement*

[1339] Cass. crim., 17 mai 1810, Bull. crim. 1810, n° 68.- Cass. crim., 18 novembre 1830, Bull. crim. 1830, n° 250.- Cass. crim., 10 avril 1891, Bull. crim. 1891, n° 81.- Cass. crim., 17 mai 1912, Bull. Crim. 1912, n° 273.- Cass. crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 268.

[1340] Cass. crim., 4 janvier 1839, Bull. crim. 1839, n° 6.

[1341] Cass. crim., 1er décembre 1882, Bull. crim. 1882, n° 261.

[1342] Cass. crim., 18 septembre 1823, Bull. crim. 1823, n° 129.- Cass. crim., 28 janvier 1825, Bull. crim. 1825, n° 12.- Cass. crim.,20 aout 1829, Bull. crim. 1829, n° 191.- Cass. crim., 26 mai 1831, Bull. crim., n° 118.

[1343] Cass. crim., 20 juin 1908, Bull. crim. 1908, n° 262.

[1344] Cass. crim. 23 octobre 1823, Bull. crim. 1823, n° 144.- Même formulation : Cass. crim., 30 octobre 1823, Bull. crim. 1823, n° 146.

[1345] Cass. crim., 14 novembre 1867, Bull. crim. 1867, n° 226.

[1346] Cass. crim., 3 vendémiaire an 7, Bull. crim. an 7, n° 12.- Cass. crim. 9 thermidor an 9, Bull. crim. an 9, n° 283.- Cass. crim., 18 janvier 1825, D. 1825.I.168, Bull. crim. 1825, n° 12.- Cass. crim., 5 septembre 1889, Bull. crim. 1889, n° 298.- Cass. crim., 17 décembre 1891, Bull. crim. 1891, n° 248.- Cass. crim., 24 janvier 1956, Bull. crim. 1956, n° 93.- Cass. crim., 12 novembre 1974, Bull. crim. 1974, n° 325.

[1347] Cass. crim., 14 novembre 1867, Bull. crim. 1867, n° 226.

[1348] Cass. crim., 8 juin 1837, Bull. crim. 1837, n° 176.

exigées pour l'administration de la justice, doit être constatée dans les actes mêmes pour lesquels elles ont été prescrites ; que si l'on pouvait dispenser de faire mention dans ces actes qu'elles ont été remplies, l'on pourrait bientôt les transgresser impunément »[1349].

En cas d'absence de constat de la publicité, la nullité est générale, et porte aussi bien sur les débats que sur la décision rendue par toute juridiction pénale ayant à trancher le fond[1350]. La jurisprudence pénale va cependant s'écarter des décisions civiles en exigeant le constat d'une audience *« publique* », et non pas seulement celui d'une audience. Dans la tradition des juristes d'Ancien régime, le mot « *audience* » renvoyait par lui-même à l'idée de publicité[1351]. Cette acception a été reprise par les civilistes. Pour la chambre civile du Tribunal de cassation, une décision rendue « *à l'audience* » était une décision rendue publiquement[1352] : « *Il est suffisamment prouvé qu'un jugement a été rendu publiquement, lorsqu'il exprime qu'il a été rendu à l'audience* »[1353] car, même si la locution « *d'audience publique est plus explicite* », « *audience* » suffit à constater la publicité puisque c'est une « *expression concise employée souvent par le législateur et qui est conforme d'ailleurs au sens ordinaire qu'elle présente.* »[1354] La chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas partagé ce point de vue, et a pris le parti de casser les décisions qui ne constataient par la publicité de l'audience d'une manière univoque. Des termes comme « *à l'audience* »[1355], « *en audience de police* »[1356], « *à l'audience ordinaire* »[1357], « *au lieu ordinaire des audiences* »[1358], « *dans l'auditoire du tribunal* »[1359], ne vont pas être jugés suffisamment clairs et précis pour constater la publicité

[1349] Cass. civ., 19 mai 1813, Bull. civ. 1813, n° 52.

[1350] Cass. crim., 17 mai 1810, Bull. crim. 1810, n° 68.- Cass. crim., 17 mai 1912, Bull. crim. 1912, n° 273.- Cass. crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 268.

[1351] Nous avons vu la définition de Denisart : « *Donner audience* […] *c'est accorder à des parties* […] *dans un lieu public…* »

[1352] Cass. civ., 12 nivôse an VII, Bull. civ. An VII, n° 80. - Cass. civ., 2 fructidor an VIII, Bull. civ. An VIII, n° 133.- « *En matière civile, il y a mention suffisante de la publicité dans un jugement où il est dit « donné au Palais de Justice, séance tenante* » : Cass. civ., 1er février 1820, *S.* 1821.I.211.

[1353] Cass. civ., 26 juin 1817, *S.* 1818.I.337.

[1354] Même arrêt.

[1355] Cass. crim., 30 mars 1832, Bull. crim. 1832, n° 116.

[1356] Cass. crim., 7 décembre 1826, Bull. crim. 1826, n°246 : « *…n'établit pas d'une manière suffisante et authentique que l'instruction et le jugement ont eu lieu avec la publicité prescrite à peine de nullité…* »

[1357] Cass. crim., 13 juin 1840, Bull. crim. 1840, n° 276 : « *que ces mots à l'audience ordinaire ne sauraient tenir lieu de ceux à l'audience publique* […] *Que l'audience aurait pu être tenue aux jours, aux heures ordinaires, et ne l'avoir pas été publiquement* ».

[1358] Cass. crim., 30 octobre 1832, Bull. crim. 1832, n° 146 : « *cette formule n'est nullement équivalente à une déclaration de publicité de l'audience, puisque dans le lieu ordinaire, la séance peut avoir été secrète, et que le jugement peut avoir été prononcé sans la publicité exigée, à peine de nullité, par la loi.* »

[1359] Cass. crim., 6 février 1824, Bull. crim. 1824, n° 24 : « *cette formule ne déclarait pas que le lieu de l'auditoire fût alors ouvert au public, et que, par conséquent, le jugement fût rendu avec la publicité exigée…* »

exigée en matière de procédure pénale. Le constat de la publicité, toutefois, n'est soumis à aucune formule particulière. Il suffit qu'elle soit constatée de manière certaine[1360].

La prise en compte d'éléments matériels. Le constat de la publicité peut être fondé sur un élément matériel, principalement l'ouverture des portes de la salle d'audience : « *les portes de l'auditoire étant ouvertes et l'audience étant publique* »[1361] juge la Cour de cassation en 1887 *; « Attendu qu'il résulte des constatations du procès-verbal que les débats ont été entièrement publics, les portes du prétoire demeurant ouvertes pendant toute la durée des audiences* » dit-elle toujours en 1999[1362]. Il n'est donc pas nécessaire qu'il soit fait mention d'une « *audience publique* » pour valider une audience, dès lors qu'a été constatée l'ouverture des portes de l'auditoire[1363].

A de nombreuses reprises, la Cour de cassation a déduit du constat de la fermeture des portes de la salle d'audience, l'impossibilité pour le public d'accéder indistinctement à l'auditoire, donc la non réalisation de la publicité de l'audience : « *l'arrêt* […] *a été prononcé sans que les portes de l'auditoire eussent été ouvertes au public* »[1364] ; « *La formalité substantielle de la publicité est réputée omise par cela seul qu'il ne résulte point du procès verbal que les portes de la salle d'audience aient été rouvertes* »[1365]. *« Le constat de la réouverture des portes, alors que l'audience était réputée publique est une contradiction qui emporte nullité*[1366]

La Cour de cassation casse cependant régulièrement, pour énonciations contradictoires, des décisions dans lesquelles il a été constaté que l'audience s'est déroulée publiquement alors,

---

[1360] Cass. crim. 7 septembre 1905, Bull. crim. 1905, n° 437.

[1361] Cass. crim., 11 août 1887, Bull. crim. 1887, n° 311.

[1362] Cass. crim., 17 mars 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-83859.- Dans le même sens : Cass. crim., 20 juin 1979, non publié au Bulletin, pouvoi n° 78-94426 : « *Attendu que les énonciations du procès-verbal énonce que* […] *la Cour d'assises du Morbihan « a pris séance au Palais de Justice de Vannes, dans la salle de ses audiences dont les portes ont été ouvertes au public…* »

[1363] Cass. crim., 2 septembre 2005, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-87034.- Dans le même sens, cet arrêt de la section civile de la Cour de cassation en 1813 : « *Attendu que le jugement du 4 août 1806 porte qu'il a été rendu à la salle du conseil ; qu'il n'y est pas énoncé que c'est publiquement, ou les portes de la salle étant ouvertes, que le rapport a été fait et le jugement prononcé ; qu'il en résulte qu'il y a eu contravention aux lois…* » : Cass. civ., 19 mai 1813, Bull. civ. 1813, n° 52.

[1364] Cass. crim., 26 janvier 1844, Bull. crim. 1844, n° 26.

[1365] Cass. crim., 18 sept 1823, Bull. Crim. 1823, n° 129.- Cass. crim., 28 janvier 1825, Bull. 1825, n° 12.- Cass. crim., 20 août 1829, Bull. crim. 1829, n° 191.- Cass. crim., 26 mai 1831, Bull. crim. 1831, n° 118.

[1366] Cass. crim., 21 juin 1995, Bull. crim. 1995, n° 228.- Cass. crim., 18 décembre 1996, non publié au Bulletin, pourvoi n°96-83420.- Cass. crim., 9 septembre 1998, Bull. crim. 1998, n° 228.

par exemple, que le président a demandé la réouverture des portes avant de prononcer la décision[1367].

La publicité de l'audience est réalisée par l'admission libre et indistincte du public dans l'auditoire[1368]. La seule présence de public dans la salle est toutefois insuffisante à sa réalisation, s'il s'avère que les portes sont fermées et ne permettent pas l'accès de toute personne à la salle où se déroule l'audience[1369].

En revanche, aucun des arrêts précités qui reconnaissent le caractère public des audiences pénales au vu du seul constat de l'ouverture des portes de la salle n'évoque la présence effective du public dans ladite salle. Il suffit donc que le public ait été mis en situation d'accéder à la salle d'audience de manière indistincte pour que l'obligation de publicité soit respectée. La présence ou non de personnes dans la salle d'audience est indifférente à la solution juridique[1370].

Le constat vaut pour tous les lieux. Le principe de la publicité des audiences judiciaires vaut pour tous les lieux. La publicité doit ainsi être constatée si une cour d'assises sort de la salle d'audience pour aller examiner des pièces à conviction[1371] ou se rend sur la scène d'un crime, par exemple, une chambre d'hôtel : « *Attendu, en droit, qu'il n'est point interdit au président d'une cour d'assises, usant de son pouvoir discrétionnaire, d'ordonner que les débats seront momentanément continués hors la salle ordinaire des audiences de la cour d'assises à l'effet de procéder à une vérification des lieux ou à une opération qui ne saurait être faite dans l'intérieur de cette salle ; qu'il suffit que le transport soit effectué avec toutes les conditions requises pour la constitution de la cour d'assises et pour l'observation du principe de la publicité* […] *en l'espèce, le président ordonna que la cour se transporte dans un hôtel où s'étaient déroulés les faits* […] *Qu'on lit, dans cette partie du procès-verbal de cette séance, rédigé uno contexto, qu'ont été admis dans la chambre à vérifier, la cour, le jury, les experts, l'accusé, ses conseils et toutes les personnes qu'elle a pu contenir, les portes de cette chambre étant continuellement restés ouvertes.* »[1372]

[1367] Cass. crim., 8 juillet 1985, Bull. crim. 1985, n° 258.- Cass. crim. 21 juin 1995, Bull. crim. 1995, n° 228.- Cass. crim., 18 décembre 1996, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-83420.

[1368] Cass. crim., 30 mai 1839, Bull. crim. 1839, n° 168 : *« Attendu que le procès-verbal constate que le public était entré librement dans la salle* ».

[1369] Cass. crim., 1er juin 1883, Bull. crim. 1883, n° 134.

[1370] Pour un développement en ce sens : T. cor. Lille, 2 juillet 1987, *Gaz. Pal*., 1987.2.541.

[1371] Cass. crim., 29 décembre 1881, Bull. crim. 1881, n° 270.

[1372] Cass. crim., 23 mars 1843, Bull. crim. 1843, n° 65.- Même sens : Cass. crim., 28 juin 1883, Bull. crim. 1883, n° 164.

B. La présomption de la publicité de l'audience

Les exigences de la loi. Les exigences de la loi, en matière de constat de la publicité de l'audience, diffèrent selon qu'on se trouve en matière criminelle ou pas. Dans le premier cas, il doit se trouver dans le procès-verbal d'audience, dans le second, dans la décision elle-même. La jurisprudence de la Cour de cassation a, cependant, affaibli cette exigence, notamment par le passage d'un régime fondé sur le constat à un autre reposant sur la présomption.

Le procès-verbal d'audience en matière criminelle. L'article 372 du Code d'instruction criminelle, révisé par la loi du 28 avril 1832, imposait aux greffiers des cours d'assises l'obligation de dresser un procès-verbal des audiences *« à l'effet de constater que les formalités prescrites ont été observées* ». L'actuel article 378 du Code de procédure pénale reprend ce principe pour la cour d'assises : « *Le greffier dresse, à l'effet de constater l'accomplissement des formalités prescrites, un procès-verbal qui est signé par le président et par ledit greffier. Le procès verbal est dressé et signé dans les trois jours au plus tard du prononcé de l'arrêt* ».

C'est dans le procès-verbal de l'audience que le constat de la publicité devra d'abord être recherché en matière criminelle, puisque « *l'arrêt de condamnation rendu par la Cour d'assises n'a pas pour objet de constater le déroulement des débats qui est relaté par le procès-verbal* »[1373]. L'Instruction générale précise dans son article C. 498 : « *La constatation de la publicité doit être faite dans le procès-verbal des débats*[1374]*. L'absence d'une mention sur la publicité ne pourrait être suppléée par la preuve a posteriori de la libre entrée du public durant l'audience* ».

L'absence de procès-verbal rend impossible la vérification de l'accomplissement des formalités substantielles. Elle entraîne donc l'annulation des débats et de l'arrêt[1375]. La Cour de cassation, cependant, après avoir admis, relativement à la publicité, qu'une mention dans l'arrêt pouvait compléter les énonciations figurant dans le procès-verbal des débats[1376], a

[1373] Cass. crim., 3 juin 1987, non publié au Bulletin, pourvoi n° 87-80095, pour un arrêt relatif au constat de la publicité de l'audience dans le procès-verbal.- Même solution concernant la publicité des débats : Cass. crim., 29 janvier 1970, Bull. crim. 1970, n° 41.- Cass. crim., 16 mars 1970, non publié au Bulletin, pourvoi n° 69-92779. - Cass. crim., 14 avril 1970, Non publié au Bulletin, pourvoi n° 69-90800.

[1374] Où l'on voit déjà une confusion entre le terme « *débats* » et le terme « *audience* », que nous étudierons plus loin.

[1375] Cass. crim., 9 janvier 1963, Bull. crim. 1963, n° 14.

[1376] Cass. crim., 4 février 1909, Bull. crim. 1909, n° 77.

admis qu'une mention figurant dans l'arrêt pouvait suppléer l'absence de mention dans le procès-verbal[1377].

Dès lors qu'il est signé conformément à la loi[1378], un procès-verbal d'audience criminelle est un acte authentique[1379], qui ne peut être combattu que par l'inscription en faux[1380]. Il ne doit pas, à peine de nullité, se contredire : « *le procès-verbal, que dresse le greffier* […] *ne constate valablement l'accomplissement des formalités prescrites par la loi qu'à la condition d'être exempt de contradictions* »[1381]. Classiquement, la contradiction entre les constatations du procès-verbal d'audience et les mentions de l'arrêt de la cour d'assises emporte nullité[1382].

Les notes d'audience en matière correctionnelle et de police. Pour ce qui concerne les audiences des tribunaux correctionnels, l'article 453 du Code de procédure pénale dispose : « *Le greffier tient note du déroulement des débats et principalement, sous la direction du président, des déclarations des témoins ainsi que des réponses du prévenu. Les notes d'audience sont signées par le greffier. Elles sont visées par le président au plus tard dans les trois jours qui suivent chaque audience* ». Ce texte s'applique, par renvoi de l'article 536 du Code de procédure pénale, aux procédures suivies en matière de police.

En matière correctionnelle et de police, c'est le jugement qui constitue l'acte authentique devant constater la formalité prescrite de la publicité de l'audience. Ainsi « *le jugement* […] *doit rendre compte de tout ce qui s'est passé à l'instruction » et à « l'audience* » et doit constater que l'instruction a été publique et que « *le jugement lui-même a été rendu et prononcé publiquement* »[1383]. Les notes d'audience peuvent permettre d'éclairer une décision, en complétant, une mention équivoque[1384]. Une contradiction entre les notes d'audience et la décision n'emporte toutefois pas nullité, la Cour de cassation retenant que les

[1377] Cass. crim., 19 mai 1947, Bull. crim. 1947, n° 134, pour le terme : « *Audience publique de la cour d'assises* ».- Cass. crim., 18 janvier 1955, Bull. crim. 1955, n° 42, et Cass. crim., 29 avril 1965, Bull. crim. 1965, n° 119, pour une formule générale dans l'arrêt établissant la publicité des débats et du prononcé.

[1378] Cass. crim., 28 février 1979, Bull. crim. 1979, n° 90.- Cass. crim., 20 février 1980, Bull. crim. 1980, n° 67.- Cass. crim., 12 juin 1981, Bull. crim. 1981, n° 192.

[1379] Cass. crim., 17 mai 2000, Bull. crim. 2000, n° 194.- Pour une solution identique plus ancienne : Cass. crim., 20 septembre 1827, D. 1827.I.497.

[1380] Cass. crim., 9 décembre 1987, Bull. crim. 1987, n° 453.

[1381] Cass. crim., 21 juin 1995, Bull. crim. 1995, n° 625.- Cass. crim., 18 décembre 1996, Non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-83420.- Même sens : Cass. crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 268.- Cass. crim., 9 septembre 1998, Bull. crim. 1998, n° 228.

[1382] Cass. crim., 8 juillet 1985, Bull. crim. 1985, n° 258 : relativement à la date de l'audience.

[1383] Cass. crim., 27 août 1823, Bull. crim. 1823, n° 29.- Cass. crim., 29 janvier 1835, Bull. crim. 1835, n° 41.

[1384] Cass. crim., 19 décembre 1923, Bull. crim. 1923, n° 452.- Cass. crim., 2 juin 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-83438.

mentions de l'arrêt « *font foi jusqu'à inscription de faux* »[1385] ; « *les constatations faites par les juges, dans l'exercice et les limites de leurs attributions, de faits matériels accomplis par eux, revêtent le caractère de l'authenticité et ne peuvent être contredites que par la voie de l'inscription de faux.* »[1386]

Si classiquement, la Cour de cassation jugeait que les notes d'audience ne pouvaient pas suppléer la mention que la loi exigeait dans la décision elle-même[1387], elle a pu, plus récemment, pousser très loin l'idée de notes d'audience complémentaires, au point de s'appuyer uniquement sur celles-ci pour juger qu'était constatée une publicité de l'audience qu'un arrêt ne mentionnait pas : « *Attendu qu'il résulte des notes d'audience, signées par le greffier et visées par le président, que l'audience du 25 janvier 1983, à l'issue de laquelle le délibéré de la Cour a été prorogé au 1er février 1983, a été tenue publiquement* ».[1388]

A la différence de la matière criminelle, l'absence de notes d'audience en matière correctionnelle ou de police n'entraîne aucune nullité, puisque ces notes n'ont pas pour objet de constater la réalisation des formalités prescrites[1389]. L'Instruction générale[1390] précise que les notes d'audience « *font foi de leurs énonciations jusqu'à preuve du contraire, mais l'absence de signature du greffier et du président leur fait perdre toute valeur* ».

Le principe initial : toute formalité non constatée est réputée omise. En 1814, la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait que « *toute formalité qui a pour objet de mettre un prévenu en état de se défendre est censée avoir été omise lorsque l'accomplissement n'en est pas constatée* »[1391]. Elle précisait, en 1825 que « *lorsqu'il n'est pas fait mention expresse des formalités substantielles ordonnées par la loi, elles sont présumées de droit avoir été omise. Que la publicité est une forme substantielle.* »[1392]

[1385] Cass. crim., 27 janvier 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-81180.
[1386] Cass. crim., 17 juillet 1980, Bull. crim. 1980, n° 228.
[1387] Cass. crim., 30 janvier 1896, Bull. crim. 1896, n° 42.
[1388] Cass. crim., 30 novembre 1983, non publié au Bulletin, numéro de pourvoi non renseigné : décision de rejet d'un pourvoi contre une décision du 1er février 1983 de la chambre des appels correctionnels de la Cour d'appel de Colmar. Disponible sur Legifrance le 15 août 2011 : http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007522916&fastReqId=418127364&fastPos=1
[1389] Cass. crim., 19 août 1875, Bull. crim. 1875, n° 269.
[1390] C.624.
[1391] Cass. crim., 15 janvier 1814, Bull. crim. 1814, n° 6.- Dans le même sens : Cass. crim., 1er juillet 1814, Bull. crim. 1814, n° 69.- Cass. crim., 15 décembre 1815, Bull. crim. 1815, n° 144.
[1392] Cass. crim., 18 janvier 1825, Bull. crim. 1825, n° 12.- Dans le même sens : Cass. crim., 18 septembre 1823, Bull. crim. 1823, n° 129.- Cass. crim., 20 août 1829, Bull. crim. 1829, n° 191.- Cass. crim., 26 mai 1831, Bull. crim. 1831, n° 118.- Cass. crim., 4 mars 1898, Bull. crim. 1898, n° 100.- Cass. crim., 12 mars 1908, Bull. crim. 1908, n° 101.

Cette formalité « *substantielle et d'ordre public* »[1393] devait être, selon ce raisonnement, remplie pour chaque audience. La constatation, dans la décision ou dans le procès-verbal, d'une seule audience était donc insuffisante si un procès s'était composé de plusieurs audiences : « *l'arrêt attaqué ne constate* [la] *publicité que pour l'audience* […] *à laquelle l'affaire a été renvoyée pour prononcer l'arrêt ; que s'il énonce que ce renvoi a eu lieu après avoir entendu le rapport, les plaidoiries et les conclusions du ministère public à de précédentes audiences, il ne constate nulle part la publicité de ces audiences* »[1394]. Il suffisait que la publicité d'une seule audience ne soit pas constatée pour que la nullité soit prononcée[1395]

C'était encore la position de la Cour de cassation en 1981, qui n'admettait pas que la publicité de la seule audience à laquelle avait été rendue la décision ait été constatée, alors qu'il n'existait ni dans l'arrêt, ni dans aucune pièce, une pièce probante d'où puisse se déduire la publicité de l'audience au cours de laquelle s'étaient déroulés les débats[1396]. Cependant, la Cour de cassation admettait aussi, depuis fort longtemps, l'emploi de formules générales qui permettaient de constater la publicité à la fois de l'instruction à l'audience et le prononcé de la décision.

L'acceptation de formules générales de constat de la publicité. La solution de formules se trouvant dans la décision et constatant de manière générale la publicité de ou des audiences est fort ancienne. Nous allons restreindre notre étude à la section, puis chambre criminelle, du Tribunal, puis Cour de cassation, qui a adopté très tôt cette technique pour ses propres arrêts.

Ainsi, la première décision jamais imprimé dans le « *Bulletin des jugemens du Tribunal de cassation rendus en matière criminelle* » indique-t-elle, pour une affaire jugée le 23 septembre 1792 : « *Fait et prononcé à la séance publique de la section criminelle du tribunal de cassation, le 2 vendémiaire an VII de la République* »[1397]. Un rapide survol des premières

[1393] Cass. crim. 23 novembre 1889, Bull. crim. 1889, n° 355.
[1394] Cass. crim. 23 novembre 1889, Bull. crim. 1889, n° 355.- Cass. crim. 13 novembre 1896, Bull. crim. 1896, n° 328.
[1395] Cass. crim., 18 juin 1909, Bull. crim. 1909, n° 309.
[1396] Cass. crim., 5 septembre 1981, non publié au Bulletin, pourvoi n° 80-94652.- Dans le même sens : Cass. crim., 23 mai 1977, non publié au Bulletin, pourvoi n° 76-91537 : « *il n'existe dans cet arrêt aucune mention constatant la publicité de l'audience du 3 mars 1976 au cours de laquelle a eu lieu l'instruction de l'affaire ; Que toute formalité non constatée est réputée omise ; que dès lors la cassation est encourue* ».
[1397] Cass. crim., 2 vendémiaire An VII, Bull. crim. An VII, n° 1.- Même formulation : Cass. crim., 12 vendémiaire An XIII, Bull. Crim. An XIII, n° 1.- Cass. crim., 4 avril 1833, Bull. crim. 1833, n° 120.- Cass. crim., 3 janvier 1899, Bull. crim. 1899, n° 1.

décennies de la Haute juridiction montre que la formule « *Ainsi jugé et prononcé* »[1398] était aussi régulièrement utilisée par le Tribunal puis la Cour de cassation. Logiquement, la juridiction accepta ces formulations pour les cours inférieures. Remplissent, ainsi, l'obligation de constat de la publicité, les termes « *fait et prononcé en audience publique* »[1399] où le mot « *fait* », « *s'applique nécessairement aux actes d'instruction qui ont précédé la délibération et le prononcé du jugement* ». [1400] Ou encore « *ainsi jugé et prononcé à l'audience publique* »[1401]. La solution est identique pour les formules « *ainsi, fait, jugé et prononcé publiquement* » [1402] ; « *statuant publiquement* » [1403] ; « *statuant publiquement et contradictoirement* »[1404].

Il est cependant surprenant de relever que la Cour de cassation juge que la formule « *Fait et prononcé en audience publique* », qui est reçu depuis plus de deux siècles comme constatant la publicité des débats et du prononcé de la décision, ne s'applique qu'à la seule audience au cours de laquelle l'arrêt a été rendu. Il est vrai, cependant, que l'usage de formules générales concerne d'abord le constat de la publicité en matière correctionnelle et de police, qui doit figurer sur la décision elle-même, alors que la solution ici rapportée concernaient des affaires criminelle, pour laquelle le procès-verbal d'audience constataient le déroulement des débats et les différentes phases publiques ou non de ceux-ci[1405].

Cette technique de la formulation générale a migré de la matière correctionnelle à la matière criminelle, portant une première atteinte au principe de l'obligation de constater la publicité à chaque audience de la cour d'assises.

La présomption fondée sur la publicité d'une audience précédente. La Cour de cassation a commencé à assouplir la rigueur de son contrôle en admettant qu'une formalité, la publicité de l'audience, prescrite à peine de nullité puisse être constatée par la technique de la présomption, c'est-à-dire l'admission d'un fait inconnu sur le fondement d'un fait connu.

[1398] Cass. crim., 17 fructidor An IX, Bull. Crim. An IX, n° 328.- Cass. crim., 9 thermidor An XI, Bull. crim. An XI, n° 182.- Cass. crim., 1er septembre 1848, Bull. crim. 1848, n° 233.- Cass. crim., 2 janvier 1874, Bull. crim. 1874, n° 1.

[1399] Cass. crim. 29 janvier 1970, non publié au Bulletin. n° de pourvoi 69-90778.

[1400] Cass. crim., 19 juillet 1855, Bull. crim. 1855, n° 255.- Cass. crim., 22 novembre 1855, Bull. crim. 1855, n° 366. - Dans le même sens : Cass. crim., 15 juin 1976, Bull. crim. 1976, n° 215.

[1401] Cass. crim., 13 août 1842, Bull. crim. 1842, n° 206.- Cass. crim. 11 avril 1863, Bull. Crim. 1863, n° 112.

[1402] Cass. crim., 18 janvier 1955, Bull. crim. 1955, n° 42.- Cass. crim. 29 avril 1965, Bull. crim. 1965, n° 119.

[1403] Cass. crim., 5 janvier 1982, non publié au Bulletin, pourvoi n° 81-91254.- Cass. crim., 15 mars 2005, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-83741.

[1404] Cass. crim. 20 novembre 1980, non publié au Bulletin, pourvoi n° 79-92175.

[1405] Cass. crim., 3 juin 1987, non publié au Bulletin, pourvoi n° 87-80095.- Cass. crim., 29 janvier 1970, Bull. crim. 1970, n° 41.- Cass. crim., 16 mars 1970, non publié au Bulletin, pourvoi n° 69-92779.- Cass. crim., 14 avril 1970, non publié au Bulletin, pourvoi n° 69-90800.

Ainsi, elle a admis que dès lors que la publicité d'une première audience était régulièrement constatée, les audiences suivantes étaient présumées se dérouler dans les mêmes conditions : « *Attendu qu'à défaut d'indications contraires, cette dernière audience doit être présumée avoir été tenue dans les mêmes conditions de publicité que celle de la veille dont elle n'était que la continuation* »[1406]. Cette formulation est très proche, dans son esprit, de celle utilisée par la Cour de cassation le 2 avril 1840 pour valider une audience qui avait repris, sans mention de la publicité, après une suspension d'un quart d'heure : « *Attendu que le fait constaté de la reprise d'une audience dont la publicité est établie prouve suffisamment que cette reprise a été publique, comme l'audience dont elle n'était que la continuation.* »[1407] La solution vaut aussi pour des périodes d'interruption plus longues : « *Attendu qu'à défaut d'indications contraires, l'audience de l'après-midi doit être présumée avoir été tenue dans les mêmes conditions de publicité que celle du matin dont elle est la continuation* »[1408] ; « *Attendu que l'arrêt attaqué mentionne que les débats ont eu lieu à l'audience publique du 1er octobre 1998 et se sont poursuivis à l'audience du 2 octobre 1998 ; Attendu qu'il s'en déduit, en l'absence de mentions contraires, que l'audience du 2 octobre 1998 s'est déroulée selon les mêmes modalités.* »[1409]

Poussant le raisonnement, la Cour de cassation a admis que la simple constatation de la publicité pour la première audience entraînait la présomption de la publicité des audiences suivantes, qu'importe leur nombre : « *il y a présomption, à défaut de constatations contraires, que les audiences suivantes ont été reprises dans les mêmes conditions de publicité* »[1410] ; « *à défaut de constatations contraires, il y a présomption que la publicité s'est prolongée pendant toute la durée de l'examen de l'affaire* »[1411].

La Haute juridiction est encore allée plus loin dans l'abandon du principe selon lequel toute formalité substantielle non constatée est réputée omise, en admettant que le seul constat de la publicité de l'audience au cours de laquelle était rendue une décision faisait présumer de la publicité des audiences au cours desquelles l'affaire avait été débattue.

[1406] Cass. crim., 13 novembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-80813.- Cass. crim. 30 novembre 1988, non publié au Bulletin, pourvoi n° 88-82424.
[1407] Cass. crim., 2 avril 1840, P. 1840.I.62.
[1408] Cass. crim., 4 janvier 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-82889.- Cass. crim., 10 octobre 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-86654.
[1409] Cass. crim., 19 janvier 2000, non publié au Bulletin, pourvois n° 96-85589 et n° 98-87221.
[1410] Cass. crim., 17 mars 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-80122.
[1411] Cass. crim., 12 mars 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 07-86080.- Cass. crim., 4 avril 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 06-85845.

La présomption fondée sur la publicité de l'audience finale. Pendant longtemps, la Cour de cassation a jugé que la formule « *prononcé publiquement* » ne suffisait pas, si n'était pas constatée l'audience précédente où s'était déroulée l'instruction[1412]. La mention de la publicité était insuffisante si elle ne se référait qu'à la seule audience où a été rendu le jugement[1413].

Ce raisonnement est d'autant plus fondé que même lorsque les débats se déroulent à huis clos ou sous le régime de la publicité restreinte, les décisions sont rendues publiquement. Dès lors, faire découler la publicité des audiences préalables du seul constat de la publicité de l'audience au cours de laquelle a été rendue la décision, revient à affirmer qu'en France, les débats judiciaires sont toujours publics.

La sanction de l'absence de constat de la publicité des audiences au cours desquelles s'étaient déroulés les débats était encore la position de la Cour de cassation en 1974, qui, jugeant que « *toute formalité non constatée* [était] *réputée omise* » cassait une décision de cour d'appel pour laquelle la publicité de l'audience où avait été prononcée la décision avait été constatée, mais pas celle « *des audiences antérieures auxquelles l'affaire* [avait] *été instruite* »[1414].

Le défaut de publicité de l'audience à laquelle le jugement est prononcé encourt toujours la cassation[1415], mais la Cour de cassation valide régulièrement, aujourd'hui, des jugements qui constatent l'audience de prononcé mais pas celle ou celles au cours desquelles se sont déroulés les débats. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu juger en 1986 : « *Attendu qu'il résulte de plusieurs mentions de l'arrêt attaqué que celui-ci a été prononcé publiquement ; que de telles mentions ont une portée générale et constatent non seulement la publicité de l'audience à laquelle la décision a été rendue mais également celle de l'audience précédente au cours de laquelle ont eu lieu les débats* »[1416]. En l'espèce donc, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déduit du fait que la publicité d'une audience a été constatée à plusieurs reprises le 1er février 1985, que l'audience était également publique pour les débats qui se sont déroulés le 11 janvier 1985, même si aucune constatation n'a été faite à ce sujet.

Ce raisonnement peut être également observé aussi bien en matière criminelle[1417] que correctionnelle : « *Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que celui-ci a été rendu en audience publique ; qu'une telle mention par sa généralité constate non seulement*

[1412] Cass. crim., 23 janvier 1852, Bull. crim. 1852, n° 31.
[1413] Cass. crim., 11 janvier 1896, Bull. crim. 1896, n° 19.
[1414] Cass. crim.,12 novembre 1974, Bull. crim. 1974, n° 325.
[1415] Cass. crim., 10 janvier 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 84-93073.
[1416] Cass. crim. 7 avril 1986, Bull. crim. 1986, n° 114.
[1417] Cass. crim., 3 janvier 1996, non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-82447.

la publicité de l'audience où la décision a été rendue, mais aussi celle des audiences précédentes où ont eu lieu les débats »[1418] ; « *Attendu que l'arrêt attaqué mentionne qu'il a été prononcé à l'audience publique* […], *qu'une telle mention (par sa généralité) constate non seulement la publicité de l'audience où la décision a été rendue mais aussi celle de l'audience où ont eu lieu les débats* »[1419] ; « *Attendu qu'il résulte des mentions de l'arrêt attaqué* » que « *l'arrêt a été prononcé en audience publique, que les débats ont nécessairement eu lieu en audience publique* »[1420] ; « *Attendu que l'arrêt attaqué mentionne que la décision a été prononcée à l'audience publique* […] *qu'il s'en déduit, en l'absence de mentions contraires, que l'ensemble des audiences consacrées à cette affaire s'est tenu selon les mêmes modalités.* »[1421]

La chambre criminelle de la Cour de cassation, poussant à l'extrême l'acceptation de formulations générales pour la constatation de la publicité en matière correctionnelle et de police, et le principe de la présomption en matière criminelle, a donc abandonné, de fait pour la publicité, le principe selon lequel toute formalité non constatée est réputée omise.

Elle fonde ses décisions sur un autre principe selon lequel dès lors que le jugement a été rendu publiquement, toutes les audiences précédentes sont présumées publiques, sauf élément pouvant l'amener à penser le contraire. Ce qui revient à dire que la publicité des audiences est une présomption simple pour la Cour de cassation, sauf absence totale de constat de la publicité à quelque moment que ce soit[1422] ou énonciations contraires ou contradictoires[1423].

[1418] Cass. crim., 2 mars 1989, non publié au Bulletin, pourvoi n° 87-90846.
[1419] Cass. crim., 5 septembre 1989, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-80092.
[1420] Cass. crim., 8 novembre 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-82955.
[1421] Cass. crim., 2 avril 1992, non publié au Bulletin, pourvoi n° 91-85841.
[1422] Cass. crim., 10 janvier 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 84-93073.
[1423] Cass. crim., 10 février 1971, non publié au Bulletin, pourvoi n° 70-91018 : la décision, cassée ici, de la cour d'appel d'Aix-en-Provence est un modèle du genre puisqu'elle déclare dans la même décision que l'audience s'est déroulée en chambre du conseil, sous le régime de la publicité restreinte et publiquement.- Cass. crim., 7 octobre 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 86-94107.- Cass. crim., 18 décembre 1996, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-83420.- Cass. crim., 3 septembre 1997, Bull. crim. 1997, n° 293.- Cass. crim., 9 septembre 1998, Bull. crim. 1998, n° 228.- Cass. crim., 19 mars 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 85-93713.

§ 2. De la présomption à la négation du principe et à la fiction de publicité

Plan. L'élargissement du principe de la publicité, donc du contentieux sur ce point, à la phase d'instruction a conduit la Cour de cassation à résister à la volonté du législateur en ne reconnaissant plus à la publicité des débats son caractère d'ordre public (A). La Cour de cassation a également validé la relégation de la publicité de l'audience pénale au rang de fiction juridique (B).

A. L'affaiblissement du principe pendant la phase d'instruction

La droit d'interjeter appel de la personne mise en examen. L'appel, devant la chambre de l'instruction, des ordonnances du juge de l'instruction et du juge des libertés et de la détention est prévu par les articles 185, 186 et 186-1 du Code de procédure pénale.

La voie de l'appel n'est, toutefois, pas ouverte de la même manière selon la qualité de l'appelant. La procédure est en effet marquée par une inégalité entre le ministère public et les parties privées, aussi bien quant à l'étendue du droit qu'aux conditions de sa mise en action.

Un droit d'appel général appartient au ministère public. L'article 185 du Code de procédure pénale dispose que le procureur de la République et le procureur général ont « *le droit d'interjeter appel devant la chambre de l'instruction de toute ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention* ». Le procureur doit interjeter appel au greffe du tribunal dans les cinq jours de la notification de la décision ; le procureur général doit signifier son appel aux parties dans les dix jours qui suivent l'ordonnance contestée.

Le droit d'appel, sans filtrage du président de la chambre de l'instruction, de la personne mise en examen est prévu par l'article 186 du Code de procédure pénale, qui énonce la liste des décisions qu'elle peut contester devant la juridiction du second degré. Cette liste détermine le champ du contentieux soumis à une audience contradictoire assortie de la publicité de droit, pour le contentieux de la détention, et la possibilité pour la personne mise en examen de demander la publicité de l'audience, pour les autres cas. L'énumération légale est en extension, les lois du 15 juin 2000 et 5 mars 2007 ayant ajouté aux prévisions de la loi du 4 janvier 1993.

La personne mise en examen peut interjeter appel contre : une ordonnance statuant sur la recevabilité d'une partie civile[1424] ; de placement sous contrôle judiciaire ou de modification de ce dernier[1425] ; une ordonnance statuant sur une demande de mainlevée partielle[1426] ou totale[1427] du contrôle judiciaire ; une ordonnance de placement en détention provisoire ; de prolongation de celle-ci en matière correctionnelle[1428] ou criminelle[1429] ; de rejet d'une demande de mise en liberté[1430] ; de mise en liberté avec contrôle judiciaire[1431] ; de maintien en détention provisoire à l'issue du règlement du dossier et du renvoi en correctionnelle[1432] ; de mise en accusation[1433] ; de refus du passage du statut de mis en examen à celui de témoin assisté[1434].

Le droit d'interjeter appel de la partie civile. Selon les prévisions du deuxième alinéa de l'article 186 du Code de procédure pénale, la partie civile peut « *interjeter appel des ordonnances de non-informer, de non-lieu et des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils. Toutefois, son appel ne peut, en aucun cas, porter sur une ordonnance ou sur la disposition d'une ordonnance relative à la détention de la personne mise en examen ou au contrôle judiciaire* ».

L'action de la partie civile ne peut provoquer la publicité de l'audience devant la chambre de l'instruction que dans un cas : lorsque, la juridiction est saisie d'une contestation d'une

[1424] Art. 87 du Code de procédure pénale.
[1425] Art. 139 du Code de procédure pénale.
[1426] Art. 139 du Code de procédure pénale.
[1427] Art. 140 du Code de procédure pénale.
[1428] Art. 145-1 du Code de procédure pénale.
[1429] Art. 145-2 du Code de procédure pénale.
[1430] Art. 137-3 et 148 du Code de procédure pénale.
[1431] Art. 148 du Code de procédure pénale.
[1432] Art. 179 du Code de procédure pénale.
[1433] Art. 181 du Code de procédure pénale.
[1434] Art. 80-1-1 du Code de procédure pénale.

ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental[1435] et que la partie civile demande, sur le fondement de l'article 706-122 du Code de procédure pénale, la comparution personnelle de la personne à laquelle s'applique cette ordonnance[1436].

Un droit « *exceptionnel* » qui s'étend de plus en plus. La jurisprudence qui, de manière classique, considère que la possibilité d'appel de la partie privée pendant la phase d'instruction est « *un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension* »[1437] s'en tient à une approche légaliste fondée sur l'énumération stricte posée, pour le mis en examen, par l'article 186 du Code de procédure pénale.

Traditionnellement, la jurisprudence a assimilé l'ordonnance d'incarcération provisoire au mandat de dépôt qui faisait corps avec l'ordonnance[1438]. L'appel ne pouvait porter que sur la motivation de la mise en détention provisoire au regard des exigences de l'article 144 du Code de procédure pénale.

La difficulté, concernant une décision rejetant une demande de publicité des débats prévue à l'article 145 du Code de procédure pénale, apparaît à la lecture de l'article 186 : l'article 145 n'y est pas cité dans la liste limitative renvoyant aux décisions susceptibles d'appel. Cette décision est donc insusceptible d'un recours juridictionnel[1439]. Avant la loi du 15 juin 2000, l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction plaçait une personne en détention provisoire était évoquée dans le premier alinéa de l'article 145. La décision de placement en détention ou de prolongation de cette mesure par le juge des libertés et de la détention se trouve désormais à l'article 137-3 du Code de procédure pénale, lequel article figure bien parmi la liste ouvrant droit à l'appel. L'ancien article 145, pour sa part, s'est en quelque sorte démultiplié pour devenir les articles 145, 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale.

L'article 145 du Code de procédure pénale évoque trois décisions : la première est celle du juge d'instruction saisissant le juge des libertés et de la détention[1440], la seconde est celle du

---

[1435] Art. 706-120 du Code de procédure pénale.

[1436] Cette possibilité de comparution peut aussi être décidée d'office par la chambre de l'instruction, ou à la demande du ministère public ou de la personne mise en examen.

[1437] Cass. crim., 6 janvier 1961, D. 1961.581, note M.R-M.P (ces secondes initiales sont celles de Maurice Patin, président de la Chambre criminelle, qui a précisément statué en l'espèce). Pour M. Pradel, la pensée juridique du président Patin faisait prévaloir « *la célérité du procés* » en étranglant « *tout ce qui pouvait y faire obstacle, notamment la nullité* » : PRADEL Jean, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2003, n° 34, p 330. - Cass. crim., 7 août 1971, Bull. crim 1971, n° 247. - Cass. crim. 18 mai 1977, Bull.crim. 1977, n° 181.- Cass. crim., 30 janvier 1979, Bull.crim. 1979, n°43. - Cass. crim. 25 juillet 1983, Bull.crim. 1983, n° 225.- Cass. crim. 13 décembre 1995, Bull.crim. 1995, n°380. - Cass. crim. 10 décembre 1996, Bull.crim 1996, n°458.

[1438] Cass. crim., 1er mars 1994, Bull.crim 1994, n° 81.

[1439] Cass. crim., 15 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-81834.

[1440] 1er alinéa.

juge des libertés et de la détention statuant sur la demande de publicité des débats[1441] et la dernière est celle par laquelle le juge des libertés et de la détention prescrit l'incarcération de la personne mise en examen qui a demandé un délai pour préparer sa défense[1442].

L'article 145-1 du Code de procédure pénale autorise, sous certaines conditions, le juge des libertés et de la détention à prendre une décision, susceptible d'appel, de prolongation de la détention provisoire en matière correctionnelle. Cet article prévoit que la décision doit être prise « *à l'issue d'un débat contradictoire organisé conformément aux dispositions du sixième alinéa de l'article 145* ». Cet alinéa est précisément celui dans lequel est prévue la publicité de l'audience où se déroule le débat contradictoire sur la détention.

La même solution est retenue pour l'article 145-2 du Code de procédure pénale, en ce qui concerne le débat contradictoire et la décision, susceptible d'appel, rendue en matière de prolongation de la détention provisoire en matière criminelle.

Nous pouvons donc écrire que la loi a prévu la possibilité d'appel par le mis en examen contre les décisions de placement en détention[1443] et de prolongation de la détention[1444] qui renvoient à la procédure de débat contradictoire, et éventuellement public, de l'article 145 du Code du procédure pénale mais pas, faute de renvoi à ce dernier article dans l'article 186 du Code de procédure pénale, contre la décision de rejet de la publicité contestée de manière autonome.

Cette dernière hypothèse présente toutefois peu d'intérêt dans l'esprit de la plupart des avocats, puisque le but poursuivi par un défenseur en ces circonstances est d'abord l'annulation du titre de détention, à moins de penser qu'il voudrait tenter d'obtenir d'abord l'annulation de l'ordonnance de rejet de la publicité et, fort de cette première décision, venir à nouveau contester l'ordonnance sur la détention. Cette hypothèse, de toute façon, ne serait pas cohérente avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui considère que la décision sur la publicité est, en quelque sorte, l'accessoire de la décision principale sur le fond et qui associe les deux dans sa réflexion.

Devant la chambre de l'instruction, la question de la publicité des débats devant le juge des libertés et de la détention ne peut donc être abordée qu'à l'occasion d'un appel contre une décision de placement en détention ou de maintien en détention. Ce point est important car l'article 173, alinéa 4, du Code de procédure pénale dispose, concernant les requêtes en annulation d'acte pendant l'instruction, que cette requête ne s'applique pas « *aux actes de procédure qui peuvent faire l'objet d'un appel de la part des parties, et notamment des*

[1441] 6e alinéa.
[1442] 8e alinéa.
[1443] Art. 137-3 du Code de procédure pénale.
[1444] Art. 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale.

décisions rendues en matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire ». S'agissant d'actes susceptibles d'appel, la discussion de leur légalité s'inscrit donc dans une voie de recours ordinaire, en même temps que le fond du dossier.

L'interdiction d'évocation en matière de détention provisoire. Sous l'empire de la loi du 15 juin 2000, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris, saisie par la voie de l'appel, avait eu recours à la technique de l'évocation dans un arrêt du 24 janvier 2001, pour annuler une ordonnance de prolongation de la détention provisoire au motif que le débat contradictoire n'avait pas été tenu[1445]. La Chambre criminelle n'a pas validé cette pratique. Dans un arrêt du 9 mai 2001, elle a rappelé que les dispositions des articles 201 du Code de procédure pénale ne permettent pas à une chambre de l'instruction d'évoquer dans le cadre d'un contentieux relatif à la détention provisoire : « *lorsqu'elle constate que la personne mise en examen est détenue en vertu d'un titre nul, la chambre de l'instruction doit prononcer d'office sa mise en liberté.* »[1446] Selon ce raisonnement, dès lors que la publicité de l'audience devant le juge des libertés et de la détention est une condition substantielle de la validité de son ordonnance relative à la détention provisoire, une audience publique, statuant sur le fait et le droit, à hauteur d'appel ne peut pas compenser le défaut de publicité en première instance. La nullité est encourue.

La contestation de l'absence de publicité par le pourvoi en cassation. La volonté du législateur est beaucoup plus claire au sujet du pourvoi en cassation formé contre une décision portant sur la publicité. L'article 199 du Code de procédure pénale, après avoir posé le principe d'un débat pouvant être public en toute matière et d'un arrêt rendu sur cette demande, prévoit que cette dernière décision relative à la publicité « *n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale* ». Le pourvoi peut, aussi, porter sur la méconnaissance de l'exigence d'une publicité de droit relative aux débats sur la détention.

Saisie d'un pourvoi portant sur les deux ordonnances, à savoir l'ordonnance sur la demande de publicité et l'ordonnance portant sur l'appel lui-même, la Cour de cassation les étudie en même temps, les joignant « *en raison de leur connexité* ». Par un arrêt du 16 octobre 2001, la

[1445] Art. 145-1 du Code de procédure pénale.
[1446] Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim. 2001, n° 111.

chambre criminelle a ainsi jugé que « *la cassation de l'arrêt rejetant la demande de publicité entraîne, par voie de conséquence, celle de l'arrêt* » principal[1447].

L'article 567-2 du Code de procédure pénale exige que *« la chambre criminelle saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de détention provisoire doit statuer dans les trois mois qui suivent* ». L'article 567 prévoit : « *Les arrêts de la chambre de l'instruction* […] *peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé* […] *par la partie à laquelle il est fait grief* ».

Le « *grief* » évoqué ici est relatif à l'intérêt à agir, et il n'est pas contesté qu'une personne placée en détention provisoire et qui demande son élargissement possède bien un intérêt à agir. En revanche, la question du « *grief* » se pose avec acuité relativement à une demande de nullité fondée sur la méconnaissance de la publicité de l'audience relative à la détention. La chambre criminelle de la Cour de cassation va distinguer, en l'espèce, ce que la loi ne distingue pas, en soumettant le contentieux de la publicité de l'audience pendant la phase d'instruction aux exigences de l'article 802 du Code de procédure pénale.

L'inclination de la Cour de cassation pour les solutions « *traditionnelles* ». Dans le rapport annuel 2001 de la Cour de cassation, Mme Dominique Karsenty, conseiller référendaire, évoque l'exigence de publicité et la volonté du législateur d'étendre ses effets à la phase d'instruction. Elle reconnaît qu'à la Cour de cassation « *la tendance reste aux solutions traditionnelles, le juge, de son initiative, ne s'étant pas engagé dans une démarche de nature à rénover, au regard des critères européens, l'approche de ce contentieux. Il demeure aussi que, dans les cas où la publicité est prévue et a été méconnue, certaines décisions ont retenu que cette violation était sans incidence sur la validité de la procédure dès lors qu'il n'était pas démontré ou allégué l'existence d'un grief pour l'intéressé.* »[1448]

Or, concernant la publicité de l'audience, la « *tradition* » judiciaire française est l'absence de cette publicité pendant l'instruction, que ce soit par la réception des principes de l'Ordonnance de 1670, ou par une vision de la procédure déterminée par la césure napoléonienne. A cela s'ajoute que les exigences de la Cour de cassation concernant la validité des titres ordonnant la détention provisoire, ouvre une cause de nullité supplémentaire en la matière.

[1447] Cass. crim., 16 octobre 2001, Bull.crim 2001 n°208.- La même solution a été donnée dans les mêmes termes dans Cass .crim., 20 mars 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-80-128.

[1448] KARSENTY Dominique, « Le droit au procès équitable » in Cour de cassation, *Deuxième partie : Etudes et documents, Etudes sur le thème des libertés*, Rapport annuel 2001.

Dès lors, à mesure que le législateur a multiplié les lois pour imposer la rupture avec une vision de la procédure imprégnée par le principe de l'inquisitoire, la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué en réaction, au point de ne plus attacher aucune sanction à la méconnaissance du principe de la publicité de l'audience au motif, non prévu par la loi – et surtout pas par le législateur ! – , que cette dernière survient pendant la phase d'instruction.

B. L'acceptation de la fiction de la publicité de l'audience

L'introduction de l'article 802 du Code de procédure pénale dans le raisonnement de la Cour de cassation. La Cour de cassation a tenté, une première fois, de revenir sur le caractère d'ordre public de l'exigence de publicité des audiences par deux arrêts rendus en 1999 relativement à des contentieux fondés sur des dispositions pénales du Code de l'urbanisme[1449]. Cette décision posait un principe de portée générale qui bouleversait la question des nullités associées à la méconnaissance de la publicité des audiences, en soumettant la solution à l'article 802 du Code de procédure pénale, qui exige une « *atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

Mme le Professeur Mayer et M. Chastaing commentaient cet arrêt « *énigmatique* » qui introduisait « *une incertitude sur l'un des fondements de la justice* » de la manière suivante : « *ce revirement - même limité à l'astreinte - serait illogique : à partir du moment où la règle de la publicité des débats est qualifiée de principe d'ordre public, sa violation ne peut qu'entraîner automatiquement la nullité, dans tous les cas où la publicité est prévue par la loi et pas seulement dans certains. La notion même de nullité d'ordre public exclut toute distinction en son sein, d'autant plus qu'elle sert d'élément de résistance à l'encontre de l'art. 802 c. pr. pén. pour limiter la casuistique et les incertitudes que ce texte introduit dans la procédure pénale.* »[1450] Nous avons vu précédemment de quelle manière, la chambre criminelle de la Cour de cassation est revenue sur cette décision. Son esprit n'était cependant pas abandonnée, puisque, lorsque la publicité des débats sur le contentieux de la détention provisoire est devenu de droit à partir de 2007, la Cour de cassation a opéré une distinction, que ni la loi ni la volonté du législateur ne prévoyaient, entre la publicité des audiences de la phase décisoire, qu'elle continue de juger d'ordre public, et celle des audiences devant le Juge

[1449] Cass. crim., 15 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 135 et n° 136.
[1450] MAYER Danièle, CHASTAING Jean-François, « Application erronée de la règle pas de nullité sans grief en matière de publicité des débats », *Dalloz*, 1999, p. 689 et s.

des libertés et de la détention et la chambre de l'instruction, qu'elle soumet aux exigences de l'article 802 du Code de procédure pénale.

L'obligation de motivation de l'arrêt sur la publicité. « *Les arrêts de la chambre de l'instruction* […] *sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas de motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif* » pose l'article 593 du Code de procédure pénale. Le rejet, non motivé, d'une demande de publicité de l'audience de la chambre de l'instruction, formée sur le fondement des prévisions des articles 199 ou 706-122 du Code de procédure pénale encourt donc la nullité. La loi prévoit la possibilité d'un tel refus pour les demandes formées par la personne mise en examen si « *la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers.* »[1451] Pour la demande de comparution de la personne mise en examen, entraînant la publicité de l'audience selon les prévisions de l'article 706-122 du Code de procédure pénale, cette publicité peut être refusée par la chambre de l'instruction sur le fondement des prévisions de l'article 306 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire si elle est « *dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* ».

La publicité de droit du débat contradictoire sur la détention devant le juge des libertés et de la détention peut être écartée à la demande du ministère public ou de la personne mise en examen ou de son avocat « *si l'enquête porte sur des faits visés à l'article 706-73*[1452] *ou si* [la publicité] *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* »[1453]. Le Juge des libertés et de la détention « *statue sur cette opposition en audience de cabinet, par ordonnance motivée* ».

Les mêmes dispositions sont prévues à l'article 199 du Code de procédure pénale pour la publicité de droit de l'audience sur la détention devant la chambre de l'instruction. La juridiction doit statuer sur la question de la publicité de l'audience, au terme d'un débat contradictoire, « *par un arrêt rendu en chambre du conseil* ».

La Cour de cassation, cependant, n'exige pas de motivation spéciale pour ces différentes décisions écartant la publicité, et se contente d'une référence aux motifs légaux[1454]. Les

[1451] Art. 199, alinéa 1er, du Code de procédure pénale.
[1452] Relatif à la procédure à la criminalité et à la délinquance organisées.
[1453] Art. 145, 6e alinéa, du code de procédure pénale.
[1454] Cass. crim., 15 mai 2002, Bull. crim. 2002, n° 114.

juridictions statuent également souverainement concernant les oppositions à la publicité lorsque celle-ci est de droit et n'ont pas « *à s'en expliquer autrement* »[1455].

L'obligation d'une ordonnance ou d'un arrêt relatif à la publicité. Le Code de procédure pénale exige que les décisions écartant la publicité fassent l'objet d'une ordonnance ou d'un arrêt distinct. La méconnaissance de cette obligation a été sanctionnée par la Cour de cassation.

Le 27 juillet 1993, un notaire lorrain, inculpé d'assassinat, faisait appel de l'ordonnance du juge d'instruction qui l'avait placé en détention provisoire, et demanda, avant tout débat sur le fond, que les débats devant la chambre d'accusation se déroulent en audience publique comme le permettait déjà depuis plusieurs années l'article 199 du Code de procédure pénale. Après avoir entendu le ministère public et les parties au sujet de la publicité, les juges ont poursuivi l'audience sans désemparer sur l'appel formé par l'inculpé au principal. Ils ne rendirent qu'un seul arrêt statuant à la fois sur la demande de publicité et sur l'appel de l'ordonnance du juge d'instruction. Cette décision a été cassée par la chambre criminelle au motif de l'obligation de statuer sur la demande de publicité par un arrêt distinct[1456].

La Cour de cassation a également cassé un arrêt relatif à la publicité de l'audience rendu à l'issue de débats au cours desquels la défense n'avait pas eu la parole en dernier[1457].

L'arrêt du 8 février 1990. La procédure en chambre du conseil se distingue de la procédure à huis clos car elle « *exclut toute publicité, même restreinte à la présence d'auxiliaire de justice n'assistant pas* [les] *parties* »[1458]. Classiquement, donc, la présence de toute personne étrangère à la procédure entraînait la nullité de la décision formée dans ces conditions[1459].

Alors que le législateur, par la loi de 1989, avait introduit la possibilité d'audience publique pendant la phase d'instruction, la chambre criminelle a opéré un revirement jurisprudentiel en la matière par un arrêt du 8 février 1990. Elle a bien confirmé que la procédure en chambre du conseil impliquait « *la seule présence des conseils des parties et, le cas échéant, de ces dernières si les juges ont ordonné leur comparution* », mais a modifié la solution précédente en jugeant qu'il « *n'est ni démontré, ni même allégué que la présence de deux avocats extérieurs à la cause ait eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur à*

[1455] Cass. crim., 23 septembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-84759.
[1456] Cass. crim., 10 janvier 1994, Bull.crim. 1994, n° 10.
[1457] Cass. crim.., 16 octobre 2001, Bull.crim. 2001, n° 208.
[1458] Cass. crim., 14 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 412.
[1459] Même arrêt.

l'occasion de débats consacrés au seul examen d'une demande de mise en liberté ; que l'irrégularité ainsi commise ne saurait dès lors en vertu des dispositions de l'article 802 du Code de procédure pénale, entrainer la nullité de la décision attaquée »[1460].

L'arrêt du 25 juillet 2007. La publicité de droit du contentieux relatif à la détention provisoire a été instituée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2007. Sa portée a été considérablement réduite par un arrêt du 25 juillet 2007, de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a jugé, par une formulation de portée générale : « *si, par dérogation aux dispositions de l'article 199, alinéa 1er, du code de procédure pénale selon lesquelles les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en chambre du conseil, le même texte, en son deuxième alinéa, prévoit la publicité en matière de détention provisoire pour les personnes mises en examen majeures, l'inobservation de cette dernière formalité ne saurait donner ouverture à cassation que s'il en résulte une atteinte aux intérêts de la partie concernée.* » [1461]

Cet arrêt ne renferme aucune explication sur le raisonnement suivi. Certains auteurs, comme M. l'Avocat général près la Cour de cassation Finielz, le présentent, tout en n'y souscrivant pas, comme la suite du raisonnement débuté avec l'arrêt du 8 février 1990 : « *À l'appui de l'exigence d'un grief conditionnant le prononcé de la nullité, il pouvait être trouvé argument dans la jurisprudence antérieure, affirmant cette nécessité pour la violation de la règle de non-publicité des débats devant la chambre d'accusation* »[1462].

Plusieurs objections peuvent cependant être formulées à propos de cet arrêt du 25 juillet 2007.

La négation par la Cour de cassation de la volonté du législateur. Tout d'abord, argument qui serait suffisant dans nombre de démocraties : la position de la Cour de cassation est la négation pure et simple de la volonté du législateur. Celui-ci a exigé, de manière extrêmement claire, la publicité de l'audience dès lors que la question de la liberté était en jeu. Poser la question de la recherche d'un grief, au cas par cas, pour savoir si oui ou non, il conviendrait, peut-être, de sanctionner par la nullité une exigence légale envisagée comme la simple extension d'un principe d'ordre public, n'est plus statuer sur une affaire mais juger le législateur. D'autant que ce jugement paraît définitif puisque nous voyons mal, dans l'approche actuelle de la Cour de cassation, comment elle pourrait bien trouver le « *grief* »

[1460] Cass. crim.., 8 février 1990, Bull. crim. 1990, n° 69.
[1461] Cass. crim., 25 juillet 2007, Bull. crim. 2007, n° 187.
[1462] FINIELZ Robert, « Publicité des débats : audience sur la détention », *RSC*, 2008, p. 233.

qui fonderait une publicité des débats pourtant exigés par la représentation nationale au nom de l'intérêt général.

Ou comme, l'écrit M. Finielz : l'analyse de la Cour de cassation « *s'accorde difficilement avec le dispositif mis en place par le législateur, et la volonté qu'il a clairement exprimée : faire de l'audience sur la détention une audience publique, afin d'assurer le contrôle des motifs du placement en détention et éviter tout arbitraire du juge. Ainsi le rapport fait à l'assemblée nationale au nom de la commission des lois rattache directement ce texte à la loi des 16 et 24 août 1790, donnant le droit aux citoyens d'être informés des procédures judiciaires, pour éviter l'arbitraire et l'erreur. Les débats devant l'assemblée nationale ont également mis en évidence cette garantie, de même que le discours du ministre de la justice* […] *Cette réforme législative répondait donc aux mêmes préoccupations et finalités qui avaient déterminé le législateur révolutionnaire à affirmer le principe de publicité de l'audience pénale. Sa pleine mise en œuvre par le juge supposait ainsi une sanction équivalente à celle de la violation du principe de publicité à l'audience de jugement.* »[1463]

Nous n'avons rien à ajouter à ces propos.

La publicité et son absence n'ont pas le même poids juridique. La Convention européenne des droits de l'homme et la loi depuis que celle-ci a introduit le principe de publicité en procédure pénale, fondent cette publicité sur la nécessité de garantir les droits de la défense. Une publicité accidentelle alors que son absence avait été décidée, n'est, pour les parties, qu'un retour à la garantie qu'apporte une audience publique, ce dont les parties privées ne peuvent guère se plaindre. En revanche, supprimer la publicité, c'est porter atteinte aux droits de la défense, ce qui n'est pas exactement la même chose relativement au régime des nullités. Il suffit d'ailleurs d'observer, dans la phase décisoire, qu'une atteinte au principe d'ordre public de la publicité des débats est sanctionnée par la nullité, alors qu'une exécution incomplète d'une mesure de huis clos n'emporte pas de conséquence.

Les exigences de l'article 592 du Code de procédure pénale. L'article 802 du Code de procédure pénale, qui soumet la nullité à l'exigence d'un grief, ne s'applique pas aux règles d'ordre public[1464]. L'article 592 du Code de procédure pénale pose les règles qui doivent être respectées, à peine de nullité, en matière de procédure : « *sont* […] *déclarées nulles les décisions qui, sous réserve des exceptions prévues par la loi, n'ont pas été rendues ou dont*

[1463] FINIELZ Robert, préc.
[1464] Cass. crim., 5 octobre 1982, Bull. crim. 1982, n° 212.

les débats n'ont pas eu lieu en audience publique ». L'article 571 pose ces règles pour « [l]*es arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement* ». Or, évidemment, alors que le législateur ne distingue pas, la distinction opérée par la Cour de cassation et la portée générale de son arrêt sont de nature à remettre en cause le caractère d'ordre public du principe de la publicité des débats.

La publicité dans des salles inaccessibles. La possibilité de rendre publiques des procédures suivies devant la chambre du conseil n'a pas attendue les lois contemporaines pour exister. L'article XI du décret d'octobre 1789 prévoyait : « *Aussitôt que l'accusé sera constitué prisonnier, ou se sera présenté sur le décret d'assigné pour être ouï ou d'ajournement personnel, tous les actes de l'instruction seront faits contradictoirement avec lui, publiquement, et les portes de la chambre d'instruction étant ouvertes* ».

L'exigence de l'ouverture des portes de la salle où se déroule l'audience réputée publique se trouve abondamment, nous l'avons vu, dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière a parfois même posé cette exigence pour la chambre du conseil, comme dans cette décision de 1813 : « *Attendu que le jugement du 4 août 1806 porte qu'il a été rendu à la salle du conseil ; qu'il n'y est pas énoncé que c'est publiquement, ou les portes de la salle étant ouvertes, que le rapport a été fait et le jugement prononcé ; qu'il en résulte qu'il y a eu contravention aux lois* »[1465].

La chambre criminelle de la Cour de cassation juge désormais qu'est publique une audience se déroulant dans le cabinet d'un juge dont les portes sont fermées : « *que la seule mention dans les attestations des avocats que la porte était fermée, à supposer le fait avéré, ne suffit pas à établir que le public ait été empêché d'entrer et que le juge n'ait pas statué en audience publique* »[1466]. Elle avait jugé, encore plus nettement précédemment : « *le fait que la porte fût fermée ne signifiait pas que le public eût été empêché d'entrer* »[1467]. Une telle jurisprudence est de nature à modifier la définition de la publicité des débats. Nous proposons donc, au vu de cette jurisprudence, la définition suivante, écartant toute approche matérielle de la matière procédurale : « *est public tout débat judiciaire dont le juge a indiqué qu'il l'était* ». Qu'importe si le public peut, ou non, accéder au prétoire.

[1465] Cass. civ., 19 mai 1813, Bull. civ. 1813, n° 52.
[1466] Cass. crim., 16 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-81561.
[1467] Cass. crim., 18 juin 2008, Bull. crim. 2008, n° 157.

Par ailleurs, la Cour de cassation juge, revenant sur sa jurisprudence antérieure, que le débat sur la question de la publicité, exigé par l'article 145 du Code de procédure pénale, peut se dérouler sans que l'avis de la personne mise en examen soit pris, ce qui évidemment implique qu'il n'ait pas eu la parole en dernier puisqu'il ne l'a pas eu du tout : « *l'inobservation de la formalité de l'avis du mis en examen sur la tenue des débats en chambre du conseil dans les termes de l'article 145, alinéa 6, du code de procédure pénale ne saurait donner ouverture à cassation que s'il en résulte une atteinte aux intérêts de la partie concernée.* »[1468] Dans le cas d'espèce qui avait évoqué ce jour là, la Cour de cassation fonde cette appréciation sur le fait que le mis en examen, plus tard dans les débats, a laissé entendre que sa sécurité serait en danger s'il était remis en liberté, ce que la Cour de cassation juge comme une « *demande implicite* » que les débats ne soient pas publics[1469].

La fiction de la publicité. Cette jurisprudence ne fait pas que refuser de sanctionner une méconnaissance du principe de la publicité des audiences au motif d'une absence de grief, elle passe d'un raisonnement relatif au constat de la publicité qui présumait l'existence de cette dernière, à des décisions qui assument de plus en plus l'établissement d'une fiction juridique au sujet de la publicité. Il s'agit désormais de tenir pour vrai ce qui n'existe pas.

Cette approche aussi particulière que contemporaine, qui refuse de sanctionner les atteintes, procédurales ou matérielles, à l'exigence de publicité posée par la loi intervient dans un contexte de fermeture grandissante des palais de justice au public, particulièrement dans les tribunaux de province.

Tout d'abord, l'ouverture d'un palais de justice a un coût de plus en plus lourd : des sociétés de gardiennage sont chargées de surveiller les entrées, souvent en ayant recours à des portiques de sécurité, et il faut les payer sur le budget annuel de la juridiction. Toute ouverture du Palais en dehors des périodes habituelles représente un surcoût hors de portée des moyens des tribunaux. Dès lors que la jurisprudence ne sanctionne pas l'absence de la publicité exigée par la loi, le principe devient vite fragile lorsqu'il n'est pas tout simplement oublié. Ainsi, les portes donnant sur l'extérieur demeurent fermées lorsque les présentations et les débats contradictoires sur la détention se déroulent hors des heures ouvrables. De plus en plus souvent, des décisions conjointes du président de la juridiction et du procureur de la République apparaissent, subordonnant l'accès aux locaux autre que le bureau d'accueil à la

[1468] Cass. crim., 15 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-81834.

[1469] Cass. crim., 15 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-81834 : Raisonnement que nous avons tout de même un peu de mal à suivre : pourquoi quelqu'un qui serait tellement mieux et plus en sécurité en prison saisit-il la chambre de l'instruction pour contester une ordonnance du juge d'instruction prolongeant sa détention provisoire, et saisit-il, ensuite, la Cour de cassation pour contester l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant validé la décision du juge d'instruction ?

présentation d'une convocation aux personnes – souvent salariées de sociétés privées – chargées du gardiennage, ce qui est l'exact contraire d'un accès libre aux locaux où se déroulent les audiences. L'entrée, dans le tribunal, devient de moins en moins naturelle pour le public, dès lors que celui-ci rencontre, dès les portes passées, un vigile d'une société privée qui lui demande, par une attitude qui devient systématique à force d'être reproduite des dizaines de fois dans la journée, de produire une convocation. Qu'importe, alors, si ce jour là une audience publique a lieu. Si le visiteur n'est pas connu du vigile, combien de fois recevra-t-il un regard suspicieux s'il déclare simplement vouloir se rendre à l'audience publique d'une juridiction, sans rien ajouter en guise de motivation à une telle volonté et sans chercher à se justifier.

Par ailleurs, la volonté de sécuriser les tribunaux, après plusieurs agressions de magistrats, a conduit à séparer nettement les espaces accueillant le public, des locaux destinés aux juges. Souvent voit-on désormais une porte, nécessitant un code ou une clé pour la franchir, séparer les bureaux et salles destinés à recevoir au public des autres locaux. Or, c'est précisément dans ces bureaux, situés derrière une porte fermée même aux heures d'ouverture du tribunal, que se déroulent les audiences « *publiques* » requises par l'article 145 du Code de procédure pénale.

Quelle est d'ailleurs, bien souvent, la réalité d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention pour un avocat d'une petite ou moyenne juridiction de province : sonner à la porte de service d'un tribunal ; se faire accueillir par un policier de l'escorte qui vous fait cheminer par des couloirs plongés dans le noir ; déposer ses vêtements dans la salle d'audience qui a au moins l'utilité de servir de vestiaire, et débattre en audience réputée « *publique* » devant le juge des libertés et de la détention dans une pièce étroite, absolument inaccessible pour le public.

Même en journée, le lieu du débat risque de ne pas être facile à trouver puisque l'audience publique n'est annoncée nulle part, qu'aucune indication ne figure sur les portes, souvent closes, des bureaux des magistrats, et qu'une demande au greffe au sujet du lieu et du moment d'une audience publique risque fort de se heurter soit à un refus fondé sur le secret de l'instruction, soit sur une absence de réponse fondée sur une méconnaissance réelle ou affectée de la tenue d'un tel débat.

Cette situation est à comparer avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Riepan*, et notamment par les dispositions prises par l'Autriche après cette décision : « *chaque fois qu'une audience doit avoir lieu ailleurs que dans les locaux d'un tribunal, en particulier dans des lieux où le public n'a normalement pas accès, le tableau*

d'affichage du tribunal doit indiquer le lieu de l'audience et les moyens et conditions d'accès. Cette forme particulière d'annonce devra être ordonnée par le juge compétent au moment même où la convocation à l'audience est envoyée. De plus, dans la circulaire, l'attention des juges et des procureurs a été attirée sur les paragraphes 27-41 de l'arrêt de la Cour européenne avec une invitation à appliquer les exigences de la Cour concernant la publicité des débats en prenant des mesures spécifiques adéquates »[1470].

Faute de respecter ces exigences minimales, la publicité des débats pendant la phase d'instruction, et particulièrement devant le juge des libertés et de la détention, relève donc largement, en 2012 en France, de la fiction juridique.

Conclusion du Titre II

En quelques décennies, le législateur français a rompu avec la césure traditionnelle posé par le Code d'instruction criminelle puis le Code de procédure pénale organisant une instruction secrète et une phase décisoire publique. Cette division de nature procédurale a été abandonnée au profit d'une approche matérielle qui consiste à régler l'intensité des garanties au regard de celle des atteintes sans tenir compte du moment procédural où interviennent ces dernières. Pour ce faire, les textes ont retrouvé les principes qui étaient ceux du législateur révolutionnaire, fondant le déclenchement des garanties sur la survenance d'une procédure « *d'accusation* » ou d'un risque de privation de liberté. Toute décision portant atteinte à un droit ou une liberté garantis nécessite désormais un acte juridictionnel qui doit respecter les principes directeurs du procès, droits de la défense compris. Ce modèle ne peut pas exister sans l'existence de la publicité, sève des droits de la défense.

Le principe de la publicité, cependant, demeure relatif pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'évolution législative rencontre la résistance de la jurisprudence qui demeure arrimée à la logique ancienne et permet sa survivance par des décisions qui ont pour effet

[1470] Conseil de l'Europe, Résolution ResDH(2003)1 relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 14 novembre 2000 (définitif le 14 février 2001) dans l'affaire *Riepan contre Autriche*, adoptée par le Comité des Ministres le 24 février 2003, lors de la 827e réunion des Délégués des Ministres : Annexe à la Résolution ResDH(2003)1 *Informations fournies par le Gouvernement de l'Autriche lors de l'examen de l'affaire Riepan par le Comité des Ministres*.

d'ôter toute sanction à la méconnaissance du principe pendant la phase d'instruction ou d'accepter, plus largement, son absence d'effectivité.

Ensuite, la publicité des débats souffre de nombreuses limites fondées sur les spécificités de l'affaire ou la volonté des parties. Le contrôle sur ce point de la Cour de cassation est minimal, ce qui n'est pas pour renforcer le principe.

Le mouvement contemporain impulsé par la Cour européenne des droits de l'homme, qui est celui de la mise en balance des intérêts en présence, se traduit de différentes manières dans notre législation pour ce qui concerne la publicité. Plusieurs combinaisons sont possibles entre conflits d'intérêts privés avec d'autres intérêts privés, d'intérêts publics avec des intérêts privés ou d'intérêts publics avec d'autres intérêts publics. Le législateur a donc, corrélativement, varié les possibilités procédurales : ouvrant la possibilité de demander la publicité ou son absence à certains, attribuant généralement le pouvoir de décider aux juridictions mais les en privant aussi, à l'occasion, au profit de certaines victimes constituées partie civile.

Cette mise en balance, souvent, se trouve placée, d'abord, entre les mains d'une partie : c'est le cas du mis en examen soupesant, pendant la phase d'instruction, les avantages d'un débat public pour ses droits de la défense au regard de l'atteinte que cette même publicité pourrait porter à sa réputation. C'est le cas, encore, de la victime devant soupeser, elle aussi, l'avantage de voir reconnu publiquement son statut de victime et la réalité des faits au regard des possibles divulgations d'éléments relatifs à sa vie privée qu'elle aurait souhaité ne pas partager avec l'auditoire. C'est même, désormais, le choix offert à certains accusés ou prévenus, lors de l'audience de jugement, dès lors que, mineurs au moment des faits, ils bénéficient, devenus majeurs au jour de l'audience, de la possibilité de demander à être jugés publiquement.

Il n'en demeure pas moins que la publicité de l'audience concerne presque exclusivement la phase de jugement. Le secret demeure, *de facto*, le principe de la phase d'instruction tandis que la publicité est rigoureusement écarté de la phase d'élaboration du jugement et de l'exécution de la peine.

Surtout, le caractère effectif de la publicité de l'audience ne cesse de s'amoindrir, à mesure que l'accès des salles des palais de justice devient de plus en plus difficile au public et que la Cour de cassation répugne à sanctionner cette situation, allant même, pour ce qui concerne la phase d'instruction, à déclarer publiques des audiences auxquelles le public n'a strictement aucune possibilité effective d'accéder.

Concernant la publicité du procès pénal, entendue de la possibilité pour le public d'accéder au prétoire, l'évolution de la législation ne doit donc pas tromper. Ce mouvement apparent d'extension du domaine de la publicité du procès pénal ne trouve pas de concrétisation dans la réalité, dès lors que l'accès effectif du public aux salles d'audience n'est pas amélioré, loin de là.

Conclusion de la première partie

La lecture des travaux préparatoires aux textes internationaux et des débats parlementaires de ces dernières décennies montrent une autre césure que celle qui sépare inquisitoire et accusatoire : celle qui différencie droit privé et droit public. Il est étonnant de constater combien, en France, la question de la publicité du procès pénal est abordée dans une logique centrée sur les intérêts personnels des personnes impliquées, là où les textes de l'O.N.U., les travaux relatifs à la Convention et la jusrisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'intéressent, sous l'influence de la pensée anglo-saxonne, à l'intérêt de la justice dans une société démocratique, liant la question de la publicité de l'audience pénale à celle de l'autorité de l'institution judiciaire dans une perspective souvent politique. Il y a là, à l'évidence, deux cultures, deux histoires, deux traditions qui ne se recoupent pas totalement.

De la même façon, la difficulté demeure grande de concilier les impératifs de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne supporte guère les prévisions légales trop systématiques en matière de procédure pénale, et des lois procédurales françaises qui prévoient des régimes uniques pour des catégories entières de personnes ou d'affaires. Le

législateur français tente bien, réforme après réforme, de s'adapter en traduisant le système européen de mise en balance des intérêts en présence par celui de principes généraux souffrant quelques tempéraments. Le mouvement n'est cependant pas encore parvenu à son terme : certaines phases du procès pénal, comme l'exécution des peines, ne sont pas encore concernées, tandis que des catégories complètes d'affaires demeurent toujours hermétiques au principe de la publicité de l'audience, sans que le pouvoir soit laissé aux tribunaux, à l'occasion de circonstances exceptionnelles, de dégager une solution différente.

Cette évolution, qui tend à diffuser le principe de publicité, peine à entrer dans les mœurs judiciaires. La publicité demeure largement étrangère au corps, tandis que les raisonnements restent parfois figés sur la question. Ainsi, il est remarquable de relever la fréquence avec laquelle est mise en avant, y compris dans des décisions judiciaires, l'impératif de protéger la présomption d'innocence pour écarter l'idée de publicité de l'audience pendant la phase d'instruction. C'est souvent oublier que cette possibilité de publicité, devant le juge des libertés et de la détention, a été introduite par une loi du 15 juin 2000 dont l'objet était, précisément, de renforcer la présomption d'innocence. C'est aussi écarter du raisonnement que l'article 9-1 du Code civil, définit la présomption d'innocence comme le droit de ne pas être, avant sa condamnation définitive[1471], publiquement présenté comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire. Le Code civil ne prohibe donc pas le fait de faire état de l'existence de poursuites ou d'actes de procédures ni de rapporter des débats dès lors que la culpabilité n'est pas présentée de manière certaine.

Un des enjeux de la question de la publicité judiciaire est précisément, aujourd'hui, tout ce qui touche à la justice en débordant des questions classiques de droit privé. La justice est-elle, en France, un pouvoir ou une autorité ? Quelle est sa légitimité ? Quelle est son efficacité ? Quels sont les garanties de son indépendance ?

Toutes ces questions renvoient au rapport de l'institution judiciaire et du public, et, partant, conduisent forcément à traiter de la publicité de son action en dehors des salles d'audience. Ce débat, à la différence des pays anglo-saxons, est à peine entamé en France relativement à la question de la publicité judiciaire.

Ce qui amène, tout naturellement, à s'interroger sur ce qui devient, en ce début du XXIe siècle, la diffusion du procès pénal au-delà de la salle d'audience.

[1471] Selon l'interprétation de la Cour de cassation, puisque l'article 9-1 du Code civil se contente de l'expression « *avant toute condamnation* ».

Deuxième partie
La publicité du procès pénal par la diffusion d'éléments d'information à destination du public

Plan. L'accès du public à la décision judiciaire et aux circonstances de sa formation ne se limite pas à la seule ouverture de la salle d'audience. D'autres moyens de publicité, à l'extérieur de la salle d'audience cette fois, existent, particulièrement à notre époque marquée par le développement de nouvelles technologies de communication. Cette publicité hors la salle d'audience peut être mise en œuvre par l'institution judiciaire elle-même (Titre I) ou être le fait de tiers à cette institution (Titre II).

Titre I
La publicité du procès pénal hors de la salle d'audience mise en œuvre par l'institution judiciaire

Plan. La publicité hors la salle d'audience peut porter sur la décision définitive ou provisoire (Chapitre 1) ou sur l'action judiciaire elle-même, dans un souci de transparence désormais commun à l'ensemble de l'action publique (Chapitre 2).

Chapitre 1
La publicité de la sanction judiciaire

Plan. Classiquement, la publicité de la décision se concrétisait par l'exécution de la peine ou une cérémonie publique proclamant l'innocence. Cette approche a fortement régressé, même si elle demeure en partie (Section 1). Elle est largement remplacée par une publicité se limitant à la décision elle-même (Section 2).

Section 1. La publicité de la peine

Les buts de la peine selon le Conseil constitutionnel. L'actuel Code pénal[1472] n'assigne par une formule générale de finalités à la peine. Le Conseil constitutionnel s'est cependant prononcé sur la question dans une décision de 1994, reprenant à son compte la double dimension utile et rétributive qu'elle doit présenter : « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion*. »[1473]

Plan. C'est dans cet équilibre entre punition, protection de la société et éventuelle réinsertion du condamné que doit s'intégrer, désormais, la question de la publication de la condamnation pénale. Si elles demeurent, les justifications classiques de la publicité de la peine (§ 1) perdent en influence à une époque qui marque le terme d'un processus graduel d'exclusion progressive du public de la phase d'exécution des peines (§ 2).

[1472] Notamment le chapitre premier du Livre troisième consacré à la « *nature des peines* » et le chapitre deux du même Livre.
[1473] Décision 93-334 DC du 20 janvier 1994, J.O. du 26 janvier 1994, p. 1380.

§ 1. Les justifications classiques de la publicité de la peine

Le caractère public de l'exécution de la peine a d'abord poursuivi deux buts principaux : l'exemplarité (A) et l'affirmation de la souveraineté par la mise en œuvre publique, par l'Etat, du droit exclusif de punir (B).

A. L'exemplarité de la peine

« La crainte doit aller à tous ». Depuis l'Antiquité, la fonction attribuée à la peine est soumise à une tension constante : souffrance imposée au coupable, elle doit protéger la société, rétablir un ordre naturel perturbé, venger le crime mais, aussi, amender le coupable. Si en Grèce antique, le crime était reçu comme une impureté que la Cité se devait d'expurger[1474], Platon pouvait aussi y professer que la peine devait servir à ce que le coupable ne retombe plus dans le crime[1475]. Le philosophe, cependant, plaidait déjà pour l'exemplarité de la peine.

[1474] LAINGUI André, CREPIN Maryvonne., « La philosopie du droit pénal dans l'Antiquité grecque et romaine », *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1979, pp. 613-627.
[1475] PLATON, *Protagor*as, 324 b.

Cette dernière devait servir aussi bien le condamné que ceux qui en seraient les témoins, intimidant les habitants de la Cité pour leur faire garder le droit chemin[1476]. Une maxime utilisée par Cicéron énonce : « *metus ad omnes, poena ad paucos* »[1477], la crainte doit aller à tous, et la peine à un petit nombre. Il est difficile d'écrire que cette approche a été beaucoup suivie par le droit romain, qui s'est caractérisé par sa répression en matière pénale. La volonté de rendre la peine exemplaire, tournera même au spectacle avec des châtiments infligés devant le public des arènes. Sous la plume de Coke[1478], Blackstone[1479] et Beaumanoir[1480] a été confirmée l'idée que la peine, alors toujours perçue comme principalement vindicative[1481], devait aussi être exemplaire[1482]. Dès cette époque, comme dans l'Antiquité, la peine poursuivait donc un triple but : la correction du coupable, la réparation du dommage et l'exemple donné à la multitude. Chez Ayrault[1483], au XVIe siècle, apparaît déjà l'opinion[1484] que c'est l'exemplarité qui doit d'abord guider l'action judiciaire, cette dernière devant respecter les formes pour être efficace : « *La Justice, en toutes ses exécutions tend plus à l'exemple, qu'au chastiement. Car deqoy est mieux celui qui est décédé ou, ceux qui y ont interest, si celui qui l'a tué, l'est aussi ? La République, pour un en perd deux ou plusieurs. Si le Magistrat doit faire comme le bon médecin, qui tasche à guarir non à perdre : est-ce correction ou amendement, que d'exterminer ? C'est donc pour l'exemple que la Justice punit* […] *et pour cette raison, les Latins*[1485] *appeloient mesme celuy qui estoit chastié et exécuté, Exemplum. Or, il est tres-veritable qu'en execution faicte sans forme ne figure de procès, il n'y a point d'exemple* […] *Come en la religion, la reuerence*[1486] *vient des cérémonies* […] *qui*

[1476] PLATON, *Gorgias*, 525 b.
[1477] Le Peletier de Saint-Fargeau présentait cette formule comme « *la base du code pénal anglais* », Assemblée nationale, séance du 3 juin 1991, http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/03_06_1791.asp
[1478] COKE Edward, *The third part of the institutes of the laws of England*, Londres, The Lawbook Exchange, 1817, p 4. Coke d'ailleurs expliquait qu'il ne fallait pas exécuter un fou, non pas en raison du principe romain de l'irresponsabilité fondée sur l'absence de libre arbitre, mais par l'absence d'exemplarité que susciterait un tel acte.
[1479] BLACKSTONE, *Commentaires*…, op. cit., Liv. IV, ch. II, II.
[1480] 1250-1296.
[1481] REMI BEAUMANOIR Philippe de, *Les coutumes de Beauvoisis*, vol. 1, Paris, Jules Renouard et Cie, Société de l'histoire de France, 1842, pp. 410-411 : « *La coze dont il est plus grans mestiers à toz cex qui maintiennent justice, ce est qu'il sacent connoistre les meffès, quel il sunt, ou grant ou petit, et qu'il sacent quele vengeance doit estre prise de çascun meffet* », pp. 410-411.
[1482] *Ibid*., p. 429 : « *Bonne coze est que on queure* [courre] *au devant des malfeteurs et qu'il soient si radement* [rudement] *pusni et justicié selonc lor meffet, que por le doute* [la crainte] *de le justice li autres en prengnent* [prennent] *exemple, si que il se gardent de meffere.* »
[1483] 1536-1601 ou 1602.
[1484] Opinion guère partagée par ses contemporains pour qui le mal doit punir le mal, la peine devant être rétributive, c'est-à-dire selon la formule de Grotius : *malum passionis quod infligitur ab malum actionis.*
[1485] *Exempla sund omnium tormenta paucorum.*
[1486] Respect, déférence. Reuerence a un sens religieux.

s'y pratiquent de longue main. Aussi en la Justice, l'Exemple procède des formes »[1487]. « *L'exemplarité suppose à la fois la sévérité de la peine et sa publicité. La peine exemplaire implique une mise en scène qui est pour le public un enseignement moral et un avertissement dissuasif : si la crainte de la punition n'a pas arrêté le coupable, que du moins le spectacle de son expiation prévienne ses éventuels imitateurs* »[1488], souligne M. le Professeur Carbasse.

L'exemplarité des peines dans l'ordonnance de 1670. Le recours aux supplices, dans l'ordonnance de 1670, était aussi destiné à rendre la peine exemplaire. Le caractère apparent de la peine pouvait d'ailleurs, déjà à cette époque, être préféré à sa réalité, par exemple par la pratique du *retentum*, destiné au bourreau, une partie secrète de la décision qui pouvait ordonner que le supplicié soit mis à mort, généralement par un étranglement discret, avant, par exemple, que ne soit appliqué le supplice de la roue. Pour que ce dernier ne manque pas son effet vis-à-vis du public, il fallait, cependant, que ce dernier ne soit pas informé de cette pratique.

La critique des supplices, pas de la publicité. « *La fin politique de l'établissement des peines est d'inspirer la terreur aux autres hommes par la force de l'exemple* »[1489] écrivait Beccaria, qui plaidait cependant pour des peines modérées : « *Afin qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré d'intensité qui suffit pour éloigner les hommes du crime* »[1490]. Jugeant les supplices inutiles et inhumains, il proposait le remplacement de la peine de mort par des travaux forcés à vie en estimant que cet exemple serait plus frappant pour la population. S'il remettait donc en cause la cruauté des châtiments, il ne faisait pas de même pour la publicité de l'exécution de la peine : « *Les châtiments n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société, et de détourner ses concitoyens de commettre des crimes semblables* »[1491]. Dans cette idée, l'effet produit sur la multitude est plus important que l'assouvissement de la vengeance. Il est préférable que la peine « *frappe l'âme plutôt que le corps* » écrivait Mably en 1776[1492]. Cette idée était particulièrement présente dans la pensée

---

[1487] AYRAULT Pierre, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et les Romains ont usé es accusations publiques (sinon qu'ils ayent commencé à l'exécution) conféré au stil et usage de nostre France*, t. 1, Paris, Laurent Sonnius,1615, pp. 18-19.
[1488] CARBASSE Jean-Marie, *La peine en droit français, des origines au XVIIe siècle, in La peine : Europe avant le XVIIIe*, vol. 2 de *La Peine*, Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, De Boeck Université, 1992, p. 164.
[1489] BECCARIA Cesare, *Traité des délits et des peines*, trad. Abbé Morellet, Lausanne, 1766, p. 59.
[1490] *Ibid*., p 103
[1491] Ibid., p. 91
[1492] MABLY Gabriel (Abbé de), *De la législation ou principes des lois*, t. 2, Amsterdam, 1776, p. 97.

de Bentham, qui préférait l'apparence des peines à leur réalité : « *L'apparence est l'objet essentiel. Tout le mal qui ne paraît pas est en pure perte. Il faut donc que le mal réel soit le plus petit possible, et le mal apparent aussi grand que possible.* »[1493]

Le maintien des peines exemplaires par les Révolutionnaires. Les lois révolutionnaires ont supprimé les supplices[1494], mais n'ont pas renoncé à l'usage des peines exemplaires.
Adrien Duport a consacré une bonne partie de ses « *principes fondamentaux de police et de justice* »[1495] à la question de la pénalité. L'article 13 de ses propositions est particulièrement intéressant : Duport ne dit pas que certaines peines doivent être soustraites au regard du public en ce qu'elles porteraient atteintes à la dignité humaine. Il affirme que des peines qui ne pourraient pas être supportées par le public, en raison d'une atteinte à la dignité humaine, ne doivent pas exister : « *Toute peine dont le spectacle peut porter les hommes à la cruauté, et diminuer en eux le respect pour la dignité de l'espèce humaine, la société n'a pas le droit de l'établir* ». Là, encore, Duport attribue au public une fonction de contrôle. C'est sous ses yeux que les peines s'exécutent, et c'est à partir de la réception de ce spectacle par le public que se détermine la légitimité de la peine. L'intervention du public est, chez Adrien Duport, protectrice comme nous pouvons nous en rendre compte à l'article 22 où le député, évoquant la situation d'une personne privée de liberté, mettait en avant la nécessité de « *veiller plus soigneusement à son sort* », dès lors qu'il n'était plus « *sous les yeux de ses concitoyens* ».
Exposant en 1791 la « *théorie du nouveau système pénal* »[1496], Le Peletier de Saint-Fargeau, très inspiré par Beccaria, posait que les peines, pour être répressives, devaient être « *durables* […] *publiques* […] *toujours rapprochées du lieu où le crime a éclaté* ».[1497] « [L]*es peines doivent être publiques, c'est-à-dire que souvent et à des temps marqués la présence du peuple doit porter la honte sur le front du coupable dans l'état où l'a réduit son crime, doit porter dans l'âme du peuple une instruction utile. Et, combien cette honte sera-t-elle pénétrante, combien cette instruction fera-t-elle de plus profondes impressions, si c'est près du lieu où le crime a été commis, que le crime est expié ! Une peine qui n'est notifiée que par l'affiche d'un*

[1493] BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses*, Paris, Bossange et Masson, 1818, p. 21.
[1494] C'est l'article 1er de la loi du 30 décembre 1791 : « *Dès à présent, la peine de mort ne sera plus que la simple privation de la vie* ».
[1495] DUPORT Adrien, *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés au nom du comité de constitution, op. cit.*.
[1496] LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU Michel, *Rapport sur le projet de Code pénal fait au nom des Comités de constitution et de législation criminelle à l'Assemblée constituante, séances des 22 et 23 mai 1791*, in *Choix de rapports, opinions et discours : prononcés à la Tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour*, vol. 6, Paris, Eymery, 1819, p. 320
[1497] *Ibid.*, p. 329.

jugement produit peu d'effet ; on sait que tel coupable subit tel châtiment à l'extrémité de l'empire ; on le sait, mais on ne le voit pas, on ne le sent pas ; on l'a bientôt oublié parce qu'on a fait que l'apprendre : et cette répression là n'est vraiment exemplaire, qui présente constamment toute la durée de la vengeance des lois dans les mêmes lieux qui ont été remplis de l'horreur et du scandale du crime, et où des regards toujours connus réveillent sans cesse dans l'âme du coupable les sensations actives de l'opprobre et de l'ignominie ».[1498] L'exemple devait être constant, et en tous lieux. Evoquant les galères, Le Peletier de Saint-Fargeau déclarait : *« il existe un vide radical dans cette manière de punir les condamnés ; leurs douleurs sont absolument perdues pour l'exemple. C'est dans un petit nombre de villes maritimes que les condamnés de tout l'empire sont conduits* ». Il prôna donc l'installation de prisons dans chaque département[1499] et une exposition publique des condamnés pendant trois jours « *sur un échafaud dressé sur place publique ; il y sera attaché à un poteau ; il paraîtra chargé des mêmes fers qu'il doit porter pendant la durée de sa peine : son nom, son crime, son jugement, seront tracés sur un écriteau placé au dessus de sa tête ; cet écriteau présentera également les détails de la punition qu'il doit subir.* »[1500] Le député prévoyait aussi, au titre de l'exemple, d'ouvrir les cachots au peuple une fois par mois pour qu'il puisse y voir le condamné *« chargé des fers au fond de son douloureux réduit, et il lira en gros caractères au dessus de la porte du cachot, le nom du coupable, le crime et le jugement* »[1501] . Le Peletier de Saint-Fargeau était abolitionniste et réservait une telle exposition aux personnes condamnés pour des crimes qui auraient précédemment entrainé la peine de mort. *« La peine de mort ne présente à la multitude que le spectacle d'un moment* […] *qu'un ministre prévaricateur ait osé attenter à la constitution et à la liberté ; s'il est frappé du glaive, l'effet de son supplice sera passager ; que pendant vingt années, chaque mois, le peuple le voie dans les fers, il bénira la puissance protectrice des lois, et l'exemple vivra efficacement avec le coupable* »[1502]. Ici, l'influence de Bentham, dont le projet de *Panoptique* avait été versé aux travaux du Comité de législation criminelle de l'Assemblée constituante, est évidente. Dans l'esprit de Bentham comme de Saint-Fargeau, les prisonniers devaient être utiles à la société en servant d'exemple afin que d'autres ne suivent pas le même chemin qu'eux. Bentham, dans son projet de prison modèle, avait même imaginé la construction d'une tour centrale depuis laquelle il serait possible d'observer tout ce qui se passe dans les cellules, laquelle tour devait

[1498] *Ibid*., p. 330.
[1499] « *Nous pensons qu'il est convenable d'établir une maison de peine dans chaque ville où siège un tribunal criminel, afin que l'exemple soit toujours rapproché du lieu du délit* » : *Ibid*., p. 344.
[1500] *Ibid*., p. 345.
[1501] *Ibid*., p. 351.
[1502] *Ibid*., p. 349.

être reliée à l'extérieur par un souterrain, afin que le public puisse y être admis à des fins d'édification et de prévention. Le Peletier de Saint-Fargeau, cependant, trouvait une limite à l'exemplarité dans le spectacle des supplices et des exécutions capitales : « *ce n'est pas à un exemple, c'est à un spectacle que tout ce peuple accourt ; une curiosité cruelle l'y invite ; cette vue flatte et entretient dans son âme une disposition immorale et farouche : souvent le même crime pour lequel l'échafaud est dressé trouve des imitateurs au moment où le condamné subit sa peine, et plus d'une fois on volait sur la place publique au milieu de la foule entassée pour voir pendre un voleur* »[1503]. De manière générale, il prohibait tout acte de violence commis, même légalement, par un agent public. Il ajoutait : « *C'est un grand malheur, lorsque la vue du supplice fait céder le souvenir du crime à l'intérêt qu'inspire le condamné ; or cet effet est toujours auprès de la peine de mort : il ne faut que quelques circonstances extérieures, l'expression du repentir, un grand calme, un courage ferme dans les derniers instants, pour que l'indignation publique se taise, et tel sur l'échafaud a été plaint par le peuple, dont le peuple, avant le jugement, demandait la tête à grands cris* »[1504]. Pour les Révolutionnaires, en tout cas, la peine agit autant pour le passé (venger le crime, rétablir l'ordre enfreint), que pour le futur (prévenir, par son exemplarité, d'autres infractions de même nature).

La réception du principe au XIXe siècle. Fervent défenseur de l'exemplarité de la peine, Rossi (1787-1848), un des auteurs majeurs de l'Ecole néoclassique, l'évoquait dans son *Traité de droit pénal : « C'est au moyen des peines exemplaires qu'on obtient l'effet le plus important de la punition, celui d'intimider. La peine est exemplaire, lorsqu'elle produit un mal que tout le monde redoute. L'exemple est très utile, lorsqu'au sentiment de la crainte se joint une impression morale, solennelle et durable. Il est efficace lorsque l'exécution de la peine suit de près le délit et qu'elle est publique. Le coupable peut être intimidé par une punition, même secrète. Mais, pour effrayer tous ceux qui pourraient être disposés à commettre des crimes, la publicité est nécessaire. On a quelquefois appliqué en secret les peines dont on n'osait pas faire parade aux yeux du public. La justice agissant dans l'ombre comme le plus adroit des criminels !* […] *On a aussi préféré l'exécution secrète dans des vues honnêtes* […] *Il est aisé de comprendre les motifs de ces mesures. Mais sont-ils suffisants ? Parce que le public connaît le jugement, est-ce à dire que l'impression que la peine doit*

[1503] *Ibid.*, p. 343.
[1504] *Ibid.*, p. 344.

produire sur lui n'en soit pas affaiblie ? D'ailleurs, ce n'est pas là la seule objection. Lorsque la publicité est nuisible, il faut abolir la peine »[1505].

Cette approche, qui était déjà celle de Duport, pouvait aussi se rencontrer chez Ortolan et Hélie.

La critique de l'exemplarité et la mise en cause de la publicité. L'école positiviste italienne que représentaient Lombroso (1835-1909), Ferri (1856-1929) et Garofalo (1851-1934) jeta les fondements de la criminologie moderne[1506]. Pour le premier, l'homme criminel est déterminé par des éléments intrinsèques, que l'universitaire italien avait entrepris de repérer, notamment par la morphologie des crânes[1507]. Ferri, ajouta à ces considérations, une prise en compte du milieu du criminel, expliquant son passage à l'acte par une prédestination d'ordre social[1508]. Pour Garofalo, le criminel était un être anormal, imparfait, dégénéré : « *dans une société non barbare, le criminel est un anormal, parce qu'il diffère de la majorité de ses contemporains et concitoyens par le manque de certains sentiments et de certaines répugnances, ce manque étant associé à un tempérament spécial ou à un défaut d'énergie morale.* »[1509]

Les réponses publiques prônées par les thèses de l'école italienne ne se fondaient pas sur l'exemplarité des peines, mesures inefficaces dès lors qu'elles prenaient en considération le mode de pensée de ceux qui ne sont pas criminels. Ces auteurs prônaient plutôt des mesures de protection de la société, qui se fondaient sur le traitement du criminel mais pouvait aussi passer par l'élimination sociale et l'eugénisme. Lombroso défendait l'idée d'une restriction de la publicité des procès criminels, publicité que « *par suite d'un* […] *mensonge juridique conventionnel, on considère comme sauvegarde des honnêtes gens* » [1510]. Pour l'auteur italien, cette publicité était nuisible, car elle nourrissait surtout « *la vanité qu'on rencontre dans toutes les professions, spécialement dans celle du crime* »[1511]. De la même manière, Ferri influença l'avant-projet de Code pénal italien en 1921 en posant ses trois axes principaux : « *abolir le jury, limiter la publicité des audiences et assainir moralement la prison, qui est*

[1505] ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, vol. 2, 2e éd., Paris, Guillaumin, 1855, p. 280.
[1506] TULKENS Françoise, MOREAU Thierry, *Droit de la jeunesse : Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 38.
[1507] LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel*, Paris, Alcan, 1887, 682 p.
[1508] FERRI Enrico, *La sociologie criminelle*, Paris, Rousseau, 1893, 648 p.
[1509] GAROFALO Raffaele, *La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, 2e éd.*, Paris, Alcan, 1890, p. 83.
[1510] LOMBROSO Cesare, *L'anthropologie criminelle et ses récents progrès*, Paris, Alcan, 1891, p. 182.
[1511] LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel ; criminel né, fou moral, épileptique, criminel fou, criminel d'occasion*, 2e éd., Alcan, Paris, 1895, p. 537.

l'école du crime. »[1512] Ferri, par ailleurs, défendait la thèse d'une protection de la société fondée sur la prévention face à une criminalité atavique. Il ne croyait guère à l'efficacité de la peine, que ce soit pour le criminel lui-même ou pour les autres[1513].
Pour cette école doctrinale, « [l]*a justice n'a dès lors pas pour mission de punir une faute : le « ministère punitif » est une fonction de défense sociale. A la métaphysique de la répression fondée sur la responsabilité morale doit succéder une doctrine réaliste qui tend à protéger la société contre le crime : la responsabilité est sociale* »[1514].

Au XXe siècle : l'influence de l'école de défense sociale nouvelle. Le développement, au XXe siècle, de la doctrine de la « *défense sociale nouvelle* »[1515] a fait revenir au premier plan l'approche médicinale de la doctrine chrétienne classique[1516], elle-même inspirée de la pensée platonicienne[1517]. Marc Ancel faisait d'ailleurs référence à Platon pour développer l'idée d'un « *traitement appliqué au délinquant susceptible d'une cure quasi médicinale* »[1518]. Dans cette approche, le délinquant ou le criminel est une sorte de malade qu'il est nécessaire de soigner, ce qui rapproche cette doctrine, par de nombreux aspects, des positivistes italiens ; Lombroso lui-même ayant à plusieurs reprises utilisé le terme de « *défense sociale* » dans ses publications[1519]. Force est de constater, aussi bien pour les juridictions pour mineurs que pour le juge de l'application des peines, que le trait commun des théories de Défense sociale est une large exclusion de la publicité au profit d'un face-à-face, souvent sans rituel judiciaire, dans le cabinet d'un juge, dans un rapport dont l'esprit n'est pas sans rappeler celui du soigné et du soignant.

B. Le droit de punir : attribut public de la souveraineté

[1512] COLLIN Fernand, *Enrico Ferri et l'avant-projet de Code pénal italien de 1921*, Bruxelles, Larcier, 1925, p. 15.
[1513] DEBUYST Christian, DIGNEFFE Françoise, PIRES Alvaro, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 307
[1514] TULKENS Françoise, MOREAU Thierry, *Droit de la jeunesse : Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 39.
[1515] Le principal représentant de cette école en France a été Marc Ancel, qui a publié en 1954, *La défense sociale nouvelle*.
[1516] L'actuel article 1312 du Code de droit canon de 1983 prévoit toujours des « *peines médicinales* ».
[1517] PLATON, *Gorgias*, 478d : « *L'application de la justice rend certainement plus raisonnable et plus juste : en fait, elle est une médecine de l'âme* » (réponse à Polos).
[1518] ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3e ed, Paris, Cujas, 1981, p. 41.
[1519] LOMBROSO Cesare, *Le crime, causes et remèdes*, 2e éd., Paris, Alcan, 1907, p. 307.- LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel ; criminel né…*, op. cit., p. 471.- Pour une étude complète : TULKENS Françoise (dir.), *Généalogie de la défense sociale (1880-1914*), Bruxelles, E. Story-scientia, 1988.

La publicité de la peine, annulation symbolique du crime. L'acte privé prend une dimension publique lorsqu'il met en péril l'équilibre de la société. Au Moyen-Age, le droit coutumier en a, très tôt, tiré les conséquences en donnant parfois le pouvoir à tous les habitants d'intervenir face à un crime sans pour autant en être personnellement victimes[1520]. Devenu public, le crime exigeait une réparation publique, l'exécution publique des peines annulant symboliquement le crime lui-même par le lien établi entre l'une et l'autre[1521] : « *on trouve quelques cas de reproduction quasi théâtrale du crime dans l'exécution du coupable : mêmes instruments, mêmes gestes. Aux yeux de tous, la justice fait répéter le crime par les supplices, le publiant dans sa vérité et l'annulant en même temps dans la mort du coupable* » note Michel Foucault[1522]. Situation qui pouvait faire écrire à Rossi : « *c'est par la loi pénale que le pouvoir exerce plus particulièrement la mission de déclarer d'une manière impérative, dans la sphère de l'ordre public, les principes du juste et de l'injuste, du bien et du mal* .»[1523]
Plus près de nous, M. le Professeur Vitu note que la publicité du jugement « *réaffirme aux yeux de tous la valeur de l'ordre social et moral qu'avait lésé l'infraction* ; […] *rassure la collectivité en neutralisant officiellement le ferment d'anarchie ou de décomposition que le délinquant avait un instant semé. Le jugement pénal publiquement et solennellement prononcé assure en quelque sorte une fonction réparatrice*. »[1524]
L'exécution publique de la peine a longtemps correspondu à une large adhésion du public à celle-ci « *dans un accord total entre le pouvoir punissant et la communauté à laquelle appartient celui qui est puni* […] *C'est l'une des raisons pour lesquelles la sentence décide souvent qu'une partie de la peine doit être exécutée sur les lieux du crime, de façon à donner satisfaction sur place à l'ensemble de la communauté autant qu'à la partie adverse* »[1525].
Pour M. le Professeur Vanderlinden, « *la peine est un contre-mal physique ou moral sanctionnant la violation de l'ordre d'une société déterminée et appliqué à l'auteur de la violation ou à d'autres personnes par une ou plusieurs personnes ayant vocation à le*

[1520] GONTHIER Nicole, *Le châtiment du crime au Moyen Age*, « coll. Histoire », Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 1998, p. 85.
[1521] Technique qui peut avoir ses vertus. Ainsi, Ménélik II, empereur d'Ethiopie, fut un jour saisi des revendications d'une famille dont un des membres, qui dormait sous un arbre, avait été tué par un homme, qui dormait dans l'arbre et en était tombé. Le souverain déclara qu'il fallait appliquer la loi du Talion, et demanda à la famille de la victime de désigner un de ses membres pour tomber de l'arbre sur le coupable, placé à la place de la victime. Il n'y eut pas de suite…
[1522] FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir* [1975], Paris, Gallimard, 2008, pp. 55-56.
[1523] ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, vol. 1, 2e éd., Paris, Guillaumin, 1855, p 6.
[1524] VITU André, « Le principe de la publicité dans la procédure pénale », in : *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, 1968, p. 308.
[1525] GAUVARD Claude, « Mémoire du crime, mémoire des peines. Justice et acculturation pénale en France à la fin du Moyen Age », in : *Saint-Denis et la royauté : études offertes à Bernard Guénée*, vol. 59, « Histoire ancienne et médiévale », Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, p. 700

faire »[1526]. Pour cet auteur, ce qui caractérise la peine est précisément sa dimension publique : « *Si le contre-mal bénéficie exclusivement à la victime ou à ses proches, il n'y a pas de peine* »[1527]. La différence, ici, est celle qui sépare la compensation de la peine[1528].

La peine publique, marque de souveraineté. Dans l'Ancien droit, infliger la peine était la marque de la souveraineté. Il convenait donc de le montrer : *« La peine est irréparable ; elle mutile le corps ; elle le brûle de marques indélébiles. La mutilation s'en prend à chaque membre : aux mains, aux doigts, aux oreilles, aux narines, au nez, à la langue, à la lèvre, aux yeux. La marque, comme la fourche patibulaire, est un signe de souveraineté. Le pape lui fait figurer deux clefs en sautoir ; le roi de France, une fleur de lys* »[1529].

Cet aspect est particulièrement important en France où l'Etat s'est construit à partir d'une souveraineté royale symbolisée par le pouvoir de juger, le roi étant « *fontaine de justice* ».

A la différence du droit civil, de type horizontal, le droit pénal s'y est construit de manière verticale dans un rapport sujet-souverain. S'arrogeant le droit de juger, le pouvoir royal naissant s'est surtout arrogé celui de punir, s'attribuant le monopole de la répression de certaines infractions, avant de se déclarer titulaire du monopole de la violence à mesure que son pouvoir politique gagnait en puissance. Le *ius puniendi*[1530] est un attribut fondamental de la souveraineté, et, à ce titre, est indivisible. Que ce soit dans la société chrétienne du Moyen-Age ou aujourd'hui encore, le ressort psychologique est le même : la souveraineté se caractérise par le pouvoir de transgresser. Les supplices de l'Ancien régime contrevenaient au commandement religieux prohibant l'homicide. La violence légale s'oppose à la prohibition légale de la violence.

Ayrault pensait, lui, que le secret dans la procédure criminelle du XVIIe siècle était destiné à montrer « *la souveraine puissance* » du roi, et d'éviter que la matière pénale soit laissée au contrôle de *« la multitude* »[1531]. Le droit de punir est acte de souveraineté, et à cette époque

---

[1526] VANDERLINDEN Jacques, « La peine, essai de synthèse générale », in *La Peine*, LVIII, vol. 4, Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 1991, p. 435.

[1527] *Ibid.*, p. 440.

[1528] Nuance qu'avait déjà fait le vieux droit germanique en distinguant, de manière certes encore fruste, le *wergeld* et le *fredus*.

[1529] ORTOLAN Joseph, *Cours de législation pénale comparée*, Paris, Joubert, 1841, p. 112

[1530] Par exemple, le raisonnement de M. l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer expliquant que le mandat d'arrêt européen ne remettait pas en cause le « *ius puniendi* » des Etats membres, in BOT Sophie, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 272.

[1531] « [L]*e fondement de cette façon ancienne procède de l'état de la République, laquelle étant populaire, c'était bien la raison que la multitude qui y avait la souveraine puissance , eut l'œil à ce qui y était de souverain, et qu'elle participait pour cette occasion au fait et administration de la justice...* » : AYRAULT Pierre, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé és accusations publiques*, Paris, Michel Sonnius, 1588, p. 344.

celle du monarque se fondait sur la force et se caractérisait par un « *droit de glaive* », c'est-à-dire un « *pouvoir absolu de vie et de mort dont il est parlé dans le droit romain sous le nom de merum imperium, droit en vertu duquel le prince fait exécuter sa loi en ordonnant la punition du crime, en même temps qu'il prescrit les formalités nécessaires pour en acquérir la preuve.* »[1532] Le roi se vengeait, à travers la loi, d'une atteinte à son autorité. Michel Foucault précise : « *Le supplice judiciaire est à comprendre aussi comme un rituel politique. Il fait partie, même sur un mode mineur, des cérémonies par lesquelles le pouvoir se manifeste* »[1533]. L'exposition et les exécutions publiques pouvaient, cependant, aussi donner lieu à des manifestations violentes. Soit que la foule, indignée d'une sanction qu'elle jugeait trop douce, voulait s'emparer du condamné. Soit, à l'inverse, qu'elle tentait d'empêcher une exécution considérée comme injuste. Dans une forme plus modérée, le défi lancé au pouvoir prenait la forme d'encouragements lancés par la foule au supplicié. L'exercice de la souveraineté, fut-elle judiciaire, et fut elle à l'époque destinée à frapper le peuple de terreur, restait un exercice politique dangereux. Il pouvait cependant aussi conforter le pouvoir en recueillant l'adhésion populaire.

A mesure que le pouvoir royal s'est affirmé, la vengeance publique s'est réglée, l'application de la peine devenant de plus en plus maîtrisée. Elle demeurait cependant soumise à diverses tensions. Le pouvoir politique tirait sa légitimité de sa capacité à rendre justice. Celle-ci devait donc se voir. S'étant arrogé le monopole de la violence, il en usait publiquement par les supplices pour affirmer sa souveraineté. Il ne pouvait cependant pas soustraire la répression des crimes les plus graves à la vengeance populaire. Le droit criminel lui fit donc une place, en organisant, notamment, l'avilissement public de la personne condamnée.

La présence du public nécessaire à la punition. Pendant longtemps, l'application de la loi du prince passait par l'atteinte à la dignité de la personne humaine, avilie, dégradée, réifiée en tant qu'objet de supplice. Mais, comme le note Foucault, « *dans les cérémonies de supplice, le personnage principal, c'est le peuple, dont la présence réelle et immédiate, est requise pour leur accomplissement. Un supplice qui aurait été connu, mais dont le déroulement aurait été secret n'aurait guère eu de sens. L'exemple était recherché non seulement en suscitant la conscience que la moindre infraction risquait fort d'être punie ; mais en provoquant un spectacle de terreur par le spectacle du pouvoir faisant rage sur le coupable.* »[1534]

[1532] MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Les lois criminelles de France*, Paris, 1780, p. xxxiv.
[1533] FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2008, p. 58.
[1534] FOUCAULT, préc., pp. 69-70.

Pour Lepeletier de Saint-Fargeau, la peine, dès lors qu'elle ne s'en prenait plus au corps des condamnés, devait les atteindre dans leur honneur : « *Il faut que le condamné paraisse devant le peuple dans un état humiliant, c'est-à-dire qu'il faut que le peuple le voit pendant quelques heures tout chargé de l'opprobre de son crime* »[1535]. Ortolan évoque cette forme particulière de peine que sont l'exposition publique, le carcan ou le pilori, en les classant dans les peines afflictives tout en critiquant leur efficacité très relative et leur inégalité certaine : « *l'effet afflictif que le législateur y recherche est celui de l'humiliation. Non seulement ces sortes d'affliction sont des plus inégales, mais elles agissent en sens inverse des bons ou mauvais sentiments du condamné : tandis que le coupable perverti s'en rit ou les brave, le coupable égaré, celui en l'âme duquel est restée la semence du bien, s'en afflige et les envisage comme la partie la plus rigoureuse du châtiment* »[1536].

Abandonnées par les Révolutionnaires, les peines corporelles de la marque et de la mutilation du poing du parricide, ont été réintroduites par le Code pénal de 1810. « *Dans la vengeance du souverain, celle du peuple était appelée à se glisser* »[1537].

La loi du 28 avril 1832 a aboli la peine du carcan, l'amputation du poing droit du parricide, et a restreint l'exposition publique. Cette dernière, laissée à l'appréciation des magistrats qui ne l'ordonnaient plus, a été totalement supprimée en 1848. Ne sont restées pendant longtemps dans cette catégorie que les modalités de la publicité de l'exécution des parricides[1538] au cours de laquelle « *le coupable condamné à mort pour parricide* [était] *conduit sur le lieu de l'exécution, en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir* » et exposé sur l'échafaud « *pendant qu'un huissier*[faisait] *au peuple lecture de l'arrêt de condamnation* ». L'exposition publique et la lecture de l'arrêt condamnant le parricide ont été abrogées par le décret du 24 juin 1939 mettant un terme au caractère public des exécutions capitales.

Le peuple, acteur de l'application de la peine. Le peuple, cependant, n'était pas seulement témoin. Il se retrouvait régulièrement acteur. Parmi un des exemples les plus anciens, figure la peine biblique de la lapidation, exécutée par les membres de la communauté. Plus près de nous, le peuple pouvait avoir un rôle actif, par exemple, en lançant de la boue et des ordures au visage du condamné à la peine du pilori. Sa participation pouvait passer aussi par des cris et des injures lancés au condamné.

[1535] LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU, *Rapport sur le projet de Code pénal*, *op. cit.*, p. 356.
[1536] ORTOLAN Joseph, *Eléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1855, p. 615.
[1537] *Ibid.*, p. 71.
[1538] Art. 13 du Code pénal de 1810.

La mise en scène publique de la réaction au crime pouvait également s'exercer en l'absence du coupable, par l'action en contumace. Faute de pouvoir s'en prendre au corps du condamné, la réaction sociale se concentrait alors sur l'atteinte à sa réputation en augmentant la publicité de la procédure.

La publicité de la procédure par contumace. Dans l'Ancien droit, le titre XVII de l'Ordonnance criminelle de 1670 traitait des défauts et contumaces. Cette procédure se caractérisait par le renforcement des mesures de publicité. Un édit de décembre 1680 prévoyait une assignation annoncée « *à son de trompe, suivant l'usage, à la place publique et à la porte de la juridiction où se fera l'instruction du procès* ». La sentence contre le contumax pouvait ensuite être infligée par l'exposition d'un tableau ou d'une effigie, portant notamment la décision de condamnation[1539].

Dans la version originale du Code d'instruction criminelle, si dans les dix jours de la notification faite à son domicile, l'accusé ne se présentait pas, une ordonnance était prise contre lui, le déclarant « *rebelle à la loi* », le suspendant de ses droits de citoyen, séquestrant ses biens, lui interdisant toute action en justice et ordonnant à toute personne sachant où il se trouve de l'indiquer aux autorités[1540]. Cette ordonnance était « *publiée à son de trompe et de caisse* » et affichée à la porte du domicile de l'accusé, à celle du maire et à celle de l'auditoire de la cour d'assises[1541]. Toute condamnation par contumace devait être affichée dans les trois jours, à la diligence du procureur général ou de son substitut, au milieu d'une des places publiques de la ville chef-lieu d'arrondissement où le crime a été commis[1542]. Une loi du 2 janvier 1850 avait élargi cet affichage en l'ordonnant également à la porte de la mairie et du dernier domicile connu du condamné. Par ailleurs, ce texte avait ajouté l'obligation d'une insertion légale de l'extrait de jugement dans l'un des journaux du département du dernier domicile du condamné.

Sous l'empire du Code de procédure pénale, l'article 628 prévoyait un affichage et une insertion dans les journaux de l'ordonnance de contumace. L'article 634 prévoyait l'affichage et l'insertion légale dans les journaux de l'arrêt de condamnation. L'accomplissement des mesures de publicité prévues par cet article marquait le moment de l'application au condamné des déchéances prévues par la loi[1543]. L'ensemble des dispositions du titre relatif aux

[1539] Titre XVII, art. XVI.
[1540] Art. 465 du Code d'instruction criminelle.
[1541] Art. 466 du Code d'instruction criminelle.
[1542] Art. 472 du Code d'instruction criminelle.
[1543] Art. 635 du Code de procédure pénale.

contumaces a été, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[1544], abrogé par la loi du 9 mars 2004[1545].
D'une manière générale, le caractère public de l'exécution de la peine a été considérablement réduit de nos jours.

§ 2. L'exclusion progressive du public de l'exécution de la peine

Plan. Graduellement, l'exécution de la peine a quitté l'espace public pour un lieu à l'écart de la multitude : l'univers pénitentiaire (A). Ce mouvement a été soutenu par l'évolution de la sensibilité du public à un spectacle pouvant porter atteinte à la dignité humaine, et par le souci grandissant de la réintégration des condamnés (B).

A. La disparition de la peine de l'espace public

Un mouvement débuté au XIXe siècle. Le mouvement graduel de mise à l'écart du public de l'exécution de la peine ne trouve pas de meilleure illustration que celle de la publicité des exécutions capitales, entre la première moitié du XIXe siècle et 1939.
Au XIXe siècle, la peine de mort restait publique et attirait parfois des foules très nombreuses. Ainsi, le 7 septembre 1878, la double exécution de Barré et Lebiez a réuni un public de 20 à 30.000 spectateurs à Paris[1546]. Tourgueniev, qui a rapporté en quelques dizaines de pages l'exécution de Troppman dans un récit favorable au condamné, évoquait une foule immense[1547]. Le commissaire Claude, ce Toulois qui fut le chef de la police de sûreté à Paris pendant le Second empire, était le fonctionnaire qui avait ramené Troppmann à Paris. Il

[1544] Cour EDH, 13 février 2001, *Krombach c. France* [3e section], Req. n° 29731/96.
[1545] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.
[1546] *Le Petit journal*, 9 septembre 1878.
[1547] TOURGUENIEV Ivan, *Exécution de Troppmann et autres récits*, Paris, Stock, 2000.

raconta son exécution, en janvier 1870, dans ses mémoires, décrivant une foule qui avait pris position place de la Roquette à Paris, deux jours avant la date prévue : « *Les cabarets, les arbres étaient remplis de monde, on buvait et chantait la Marseillaise pendant que l'on montait les bois de justice. Il n'y avait pas que la place et la rue de la Roquette qui étaient bondées d'un monde jaloux de voir l'exécution de ce criminel ; la prison de la Roquette était aussi occupée par un grand nombre d'auteurs, de journalistes français et étrangers* »[1548]. Ce type d'exécution nécessitait le déploiement d'importantes forces de sécurité, qui n'évitaient pas toujours les débordements. Ainsi, lors de l'exécution de Troppmann, Claude raconte que deux admirateurs étaient parvenus à se faufiler au plus près de la guillotine pour tremper leurs mouchoirs dans le sang versé par le supplicié, et à s'enfuir avant l'intervention des agents de police.

Réduire l'exposition publique du condamné. L'exécution du jeune Troppmann entraîna la modification du *modus operandi* des exécutions capitales. Le 27 juin 1870, Claude remit un long rapport au gouvernement où il détaillait les préparations et les actions à mener pour ramener de 30 à 15 minutes le temps s'écoulant entre l'information du condamné et sa mise à mort[1549]. Il s'agissait aussi de soumettre le moins longtemps possible le supplicié à l'exposition publique. Plus question de *decorum*, mise en scène ou déclaration : il fallait de se débarrasser au plus vite de cette basse besogne, même si les textes continuaient d'en exiger la publicité. Cette dernière fut ramenée à sa plus simple expression, sans rituel ni sacralité. Un décret du gouvernement provisoire, en date du 25 novembre 1870 supprima l'échafaud, cette estrade qui permettait de présenter la scène de l'exécution au plus grand nombre en l'élevant. La guillotine, désormais posée à même le sol, échappait désormais à la vue d'une bonne partie du public présent. L'assistance était maintenue de plus en plus loin, et tenue à distance par des forces de sécurité sourcilleuses. La foule n'était plus associée à l'exécution, mais était devenu gênante, les pouvoirs publics tentant de la contenir à l'écart de la scène. Dès le 15 janvier 1877, une circulaire du ministère de l'Intérieur demanda aux préfets de ne plus délivrer aux journalistes d'autorisations d'accès à l'intérieur des prisons le jour des exécutions

[1548] CLAUDE, *Mémoires de M. Claude*, Paris, Le club français du livre, 1962, p. 246. Lorsque la fosse dans lesquelles Troppmann avait dissimulé le corps de sa septième victime, champ Langlois, fut découverte, Claude évoque la présence de plus de 100.000 parisiens sur place, au point qu'il fallut fermer les gares de Paris.
[1549] Ce document est reproduit in BESSETTE Jean-Michel, *Il était une fois la guillotine*, Paris, Editions alternatives, 1982, pp. 66-68. Cette procédure ne variera pratiquement plus jusqu'à l'abolition de la peine de mort en 1981.

capitales. Des instructions furent également données pour qu'aucune information ne soit délivrée sur l'imminence ou les préparatifs d'une exécution[1550].

Réduire la publicité de l'exécution. Ce recul de la publicité passa aussi par le choix des horaires et des lieux des exécutions, afin de réduire la publicité de ces dernières.
Jusqu'au milieu du XIXe siècle, la guillotine fonctionnait en plein midi, ou l'après-midi, afin que le plus large public possible soit en mesure d'assister à la mise à mort. A partir du tournant du siècle, les exécutions se déroulèrent à l'aube ou même de nuit, afin d'en atténuer la publicité.
A Paris, une tradition ancestrale avait fixé l'implantation des bois de justice place de Grève, à côté de l'Hôtel de Ville, en plein centre-ville. En 1832, l'année-même où l'usage du carcan fut aboli, une ordonnance du préfet de la Seine du 20 janvier, précisa que la guillotine devrait désormais être dressée à l'écart du centre-ville, dans les faubourgs ouvriers, à la barrière Saint-Jacques. A partir de 1836, les condamnés à mort furent envoyés à la prison de la Grande-Roquette, et non plus à celle de Bicêtre. Le lieu d'exécution fut à nouveau déplacé : un arrêté préfectoral du 29 novembre 1851, fixa le lieu d'exécution à l'espace public situé au plus près du lieu de détention. Entre 1909 et 1939, enfin, les exécutions publiques se déroulèrent devant le porche de la prison de la Santé. La même procédure était utilisée en province, où les exécutions étaient organisées au plus près des prisons dans lesquelles les condamnés étaient détenus.

L' « *arraisonnement pénitentiaire* » de la peine. Dans une étude sur la « *dépublicisation* » de l'exécution capitale, M. Taïeb évoque, à ce sujet, un « *arraisonnement pénitentiaire* » : « *Historiquement, une fois que les abords de la prison seront investis, il n'y aura plus de changements, ni de retour à un emplacement premier. On peut alors inverser la perspective et, plutôt que se demander pourquoi un lieu situé devant la prison est plus avantageux, en terme de publicité, qu'un lieu situé ailleurs, essayer de comprendre comment la prison « naturalise » comme lieu d'exécution les espaces qui l'entourent* […] *L'arraisonnement du lieu d'exécution par l'espace pénitentiaire est donc un phénomène important à un double titre. D'une part, cet arraisonnement pénitentiaire montre, sous un jour inattendu, la conquête du droit pénal par la prison* […] *L'exécution est entraînée dans le procès général qui fait de la prison le centre de la pénalité et elle y est entraînée, géographiquement et physiquement,*

[1550] TAIEB Emmanuel, « Le processus de dépublicisation des exécutions dans la France de la IIIe République », *Frontières*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 50.

dans un mouvement centripète dont la prison est le point nodal. Donc, la dépublicisation […] n'advient que lorsque la prison s'est institutionnalisée comme alternative à la traditionnelle publicité des peines et comme moyen de punir sous le régime du secret. D'autre part, « l'emprisonnement » de la guillotine s'impose comme une solution technique allant dans le sens des restrictions de publicité que le pouvoir essaie continûment d'imposer […] *L'assignation du lieu exécutionnaire devant la prison marque donc le refus de consacrer un lieu séparé pour publiciser les exécutions* » et réduire, de fait, la publicité effective de celles-ci[1551].

17 juin 1939 : la dernière exécution publique en France. La dernière exécution publique en France fut celle d'Eugène Weidmann, à Versailles, le 17 juin 1939, devant quelques centaines de personnes. Depuis la fin du XIXe siècle, le photo-reportage s'était développé, et la publicité de l'exécution entraînait la présence de photographes et même de cameramen. Une des photos de l'exécution[1552], visiblement prise de la fenêtre d'un des appartements surplombant la scène, a été reproduite dans le journal « *Le Matin* » en date du 24 octobre 1978. On y voit une maigre foule, disposée en arc de cercle sur une dizaine de rangs, derrière des barrières de sécurité. Les spectateurs les plus proches sont à cinq mètres environ de la guillotine, elle-même disposée à même le sol, sur le trottoir, à moins de trois mètres du porche de la prison. En 1978, *Le Matin* déclarait que cette exécution de 1939 donna lieu « *à de telles scènes d'hystérie que le président de la République, Albert Lebrun, décida huit jours plus tard à ne plus autoriser le public à assister aux exécutions* ». En réalité, c'est la diffusion des images de la mise à mort qui choquèrent. Les photographies qui nous sont parvenues montrent qu'il y avait des photographes de chaque côté de la guillotine, aussi bien au niveau du sol qu'en hauteur, au moins à trois endroits différents. Aucun angle ne manque pour reconstituer la scène. Par ailleurs, cette exécution a été filmée[1553]. Réalisé par l'arrière et en surplomb de la guillotine, le court-métrage dure 17 secondes. On y voit l'arrivée du supplicié, sa prise en main par les bourreaux, le mouvement du couperet et la chute du corps dans un panier en osier, tandis qu'un des aides se penche dans un mouvement synchronisé pour ramasser la tête[1554]. Seules quelques secondes ont séparé la sortie de prison du condamné de sa mort.

[1551] TAIEB Emmanuel, « Le processus de dépublicisation des exécutions dans la France de la IIIe République », *Frontières*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 52.
[1552] Archives de la préfecture de police de Paris, Document DB/616.
[1553] http://www.bdfci.info/film/495/
[1554] Le 28 mai 2011, ce film était librement en ligne sur un site internet italien : http://www.dissacration.com/2007/04/17/ultimo-uso-della-ghigliottina-in-francia/

La publication internationale de ces documents mena à la fin de la publicité des exécutions capitales par un décret du 24 juin 1939 « *supprimant la publicité des exécutions capitales* », signé par Albert Lebrun et Edouard Daladier. Ce texte, pris en vertu des pouvoirs spéciaux dont bénéficiait à l'époque le gouvernement, a modifié l'article 26 du Code pénal pour ordonner que les exécutions se déroulent à l'intérieur des prisons en présence de personnes dont la liste était arrêtée de manière exhaustive. L'exécution suivante fut celle de Jean Dehaene, le 19 juillet 1939 à Saint-Brieuc. Elle ne fut pas publique. Par ailleurs, l'article 378 du Code d'instruction criminelle fut modifié pour prohiber la diffusion de tout compte-rendu autre que le procès-verbal, et surtout tout document – à commencer par des photographies – relatifs à l'exécution. C'est ce même texte qui abrogea aussi l'exposition publique du parricide prévue à l'article 13 du Code pénal.

Cette « *dépublicisation* » de l'exécution capitale en France a été tardive, si on observe le droit applicable dans les autres pays : la publicité de ces exécutions avait, en effet, été supprimée en 1860 aux Pays-Bas[1555], entre 1851 et 1863 dans les Etats allemands, en 1868 en Angleterre, en 1873 en Autriche, en 1877 en Suède, en 1900 en Espagne, entre 1833 et 1936 dans les différents Etats des Etats-Unis d'Amérique[1556].

Ce mouvement s'inscrit dans une stabilisation des Etats qui ne trouvaient plus la même nécessité d'affirmer leur souveraineté par l'exposition publique de son droit de punir ; elle est aussi la conséquence de l'évolution de la sensibilité du public, des mœurs et du développement d'un système juridique posant la dignité humaine au cœur de sa construction.

La répulsion du public pour le spectacle de l'exécution de la peine. La « *dépublicisation* » de la peine est intimement liée à l'évolution des mœurs. Les vives réactions exprimées après les supplices infligés à Damiens en 1757 préfiguraient déjà l'abandon de leur usage[1557]. Il en a été de même pour le spectacle des exécutions capitales, cette répulsion étant souvent rapportée par la presse, surtout lorsque les choses se passaient mal comme, par exemple, lors de la mise à mort d'Aimé-Thomas Barré en 1878 : le corps ne tomba pas complètement dans le panier en osier, et un jet de sang arrosa l'aide qui se penchait pour ramasser la tête. Le journaliste du *Figaro* envoyé sur place, fit part de son dégoût à ses lecteurs : « *Ce que j'ai vu, ce n'était pas une exécution capitale, c'était une scène d'abattoir. Une sorte de mouton à face d'homme, livré à trois bouchers qui le saignent et le tuent, et qui, sans horreur, comme s'il*

[1555] Elle précéda, de peu, l'abolition de la peine de mort dans ce pays, en 1870.
[1556] TAIEB Emmanuel, « Le processus de dépublicisation des exécutions dans la France de la IIIe République », *Frontières*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 49.
[1557] A ce sujet : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, préc., pp. 9-12.

s'agissait d'un poulet, trempent leurs mains dans son sang et jettent le corps informe dans un fourgon, comme une viande de boucherie »[1558]. Les exemples abondent[1559] : en 1909, après l'exécution des quatre membres de la bande Pollet à Béthune, le compte-rendu publié dans *La Croix* désignait ce type de mise à mort comme « *un spectacle horrible qui ne peut satisfaire qu'une curiosité malsaine* »[1560]. Le *Petit journal* a pris position dans les années trente contre les exécutions publiques : « *La mort d'un homme, alléguez-vous, peut et doit être un exemple. Faites-en donc un exemple. Mais vous n'avez pas le droit d'en faire un spectacle* »[1561]. Une enquête auprès des lecteurs de *Lyon Républicain*, en 1927, par le Dr Locard, fondateur du laboratoire de police scientifique de Lyon, montrait, par la teneur des courriers reçus, l'aversion majoritaire du public pour le spectacle des exécutions capitales[1562].

Faustin Hélie soutenait que la peine ne pouvait se résumer à son utilité pour la multitude : « *Elle intimide les coupables, mais elle les dégrade et ferme leur retour à la vertu. Et puis, la terreur est sans doute l'un des effets que l'on doit produire en punissant, mais maintenir une peine qui n'a que ce seul effet, c'est embrasser le seul principe de l'utile, abstraction faite de toute justice morale.* »[1563] Quant à Emile Durkheim, il voyait surtout à l'exemplarité de la peine, une limite d'importance : la dignité humaine. *« Il y a une véritable et irrémédiable contradiction à venger la dignité humaine offensée dans la personne de la victime en la violant dans la personne du coupable* »[1564].

La prohibition des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le droit de punir des Etats souverains présente aujourd'hui une limite d'importance : la prohibition par le droit international des peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants. Ce type de peines et traitements est interdit par l'article 7 du Pacte de l'O.N.U. et par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le recours à ce type de peines est également prohibé par l'article 16 de la Convention de New York contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (O.N.U.), et par la Convention pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987 (Conseil de l'Europe).

[1558] Le Figaro, 8 septembre 1878.
[1559] TAIEB, *op. cit.*, p. 53.
[1560] *La Croix*, 15 janvier 1909.
[1561] *Le Petit journal*, 28 décembre 1931.
[1562] *Lyon Républicain*, 9 septembre, 29 septembre, 1er octobre 1927.
[1563] CHAUVEAU Adolphe, HELIE Faustin, *Théorie du Code pénal*, t. 1, Bruxelles, Wahlen, 1843, p. 91.
[1564] DURKHEIM Emile, *L'année sociologique*, vol. 4, Paris, PUF, 1901, p. 90.

La Cour européenne des droits de l'homme a repris à son compte l'idée d'une peine, qui par nature inflige une douleur, une souffrance « *que comporte inévitablement une* […] *peine légitime* »[1565]. Elle est toute entière dans ce raisonnement lorsqu'elle soupèse le degré de souffrance provoquée par une décision n'entrant pas dans la catégorie du droit pénal dans les législations internes, pour lui appliquer tout de même les garanties conventionnelles liées à la matière pénale. Passé un certain degré de souffrance infligée, la sanction est pénale par nature, même si les droits internes la qualifient autrement. . Il en va ainsi, pour le registre afflictif, d'une privation de liberté « *qui impliquaient de si lourdes conséquences* […] *qu'il faut* [la] *considérer comme pénale…* »[1566], ou encore d'une amende disciplinaire qui « *revêtait une importance assez grande pour entraîner la qualification pénale* »[1567]. La punition, cependant, doit demeurer dans certaines limites, et ne pas dépasser un degré d'intensité qui rendrait la peine prohibée. La peine, par définition, inflige une souffrance, il faut donc que cette dernière se situe « *à un niveau particulier pour que l'on puisse qualifier une peine d' « inhumaine » pour tomber sous le coup de l'article 3* » de la Convention[1568]. L'appréciation du seuil à partir duquel la peine est prohibée dépend de critères exprimés par la Cour européenne : « *relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause et notamment de la durée du traitement, de ses effets physiques et/ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* »[1569]. Ce seuil peut aussi être dépassé par la disproportion de la peine infligée au regard de l'infraction commise[1570]. Evoquant la jurisprudence de la Cour à ce sujet, Mme Tulkens constate une « *forme de logique gradualiste* »[1571]. La peine inhumaine et la torture se distinguent par leur degré d'intensité, la Cour européenne reprenant à son compte la lecture des Nations unies, exprimée à *l'article 1er in fine de la résolution 3452 (XXX), adoptée par l'Assemblée nationale des Nations unies le 9 décembre 1975, laquelle déclare : « La torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* »[1572]. M. le Professeur van de Kerchove résume la position

[1565] Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne* [Grande chambre], Req. n° 30210/96, § 92.
[1566] Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* [Chambre], Req n° 7819/77 et 7878/77, § 72.
[1567] Cour EDH, 22 mai 1990, *Weber c. Suisse* [Chambre], Req. n° 11034/84, § 34.
[1568] Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 5856/72, §22.
[1569] Cour EDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume-Uni [Cour plénière], Req. n°5310/71, § 162.- Cour EDH, 19 avril 2001, *Peers c. Grèce* [Deuxième section], Req. n°28524/95, § 67.- Cour EDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France* [Première section], Req. n°67263/01 , § 37.- Cour EDH, 27 novembre 2003, *Hénaf c. France* [Première section], Req. n° 65436/01, § 47.
[1570] Cour EDH, 18 octobre 2001, *Indelicato c. Italie* [Deuxième section], Req. n°31143/96, § 32.
[1571] TULKENS Françoise, *L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 318.
[1572] Repris par la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume-Uni [Cour plénière], Req. n°5310/71, § 167.

de la Cour ainsi : « *Ce n'est* […] *que lorsque* [la] *souffrance atteint un certain seuil de « gravité » qui n'est pas rendu « strictement nécessaire » que la peine peut être qualifiée « d'inhumaine » et être considérée comme proscrite par l'article 3 de la Convention. Si cette souffrance apparaît à son tour comme d'une intensité et d'une cruauté particulières, elle sera qualifiée de « torture » aux termes de la même disposition* »[1573].

Le raisonnement de la Cour vaut aussi pour la dimension infamante de la peine. La sanction se trouve là aussi située entre un minimum de souffrance liée à la nature pénale de la peine, et un maximum qu'il ne faut pas dépasser : « *la Cour constate d'abord qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal* »[1574] ; mais, constatant que l'abus peut être relevé dans l'exécution de la peine, et non la simple condamnation, elle ajoute : « *il serait absurde de soutenir que toute peine judiciaire, en raison de l'aspect humiliant qu'elle présente d'ordinaire et presque inévitablement revêt un caractère « dégradant » au sens de l'article 3. Il faut introduire dans le texte un caractère supplémentaire. En interdisant expressément les peines « inhumaines » et « dégradantes », l'article 3 implique du reste qu'elles se distinguent des peines en général* »[1575]. Donc, « *pour qu'une peine soit « dégradante » et enfreigne l'article 3, l'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation* […] *Cette appréciation est nécessairement relative : elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la nature et du contexte de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution* ». La publicité de l'exécution de la peine entre dans ces « *circonstances* » : « *La publicité peut constituer un élément pertinent pour apprécier si un peine est « dégradante » au sens de l'article 3* »[1576], l'humiliation au regard d'autrui venant aggraver l'humiliation à ses propres yeux.

Le régime de la publicité de la peine a également évolué, au regard d'un critère qui s'est considérablement renforcé depuis la fin du XIXe siècle : la recherche de l'amendement et de la réhabilitation du condamné, qui amène à s'interroger sur le rapport entre publicité de la peine et exclusion sociale de la personne en faisant l'objet.

B. Le souci de la réintégration sociale des condamnés

[1573] VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal, Bruxelles*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 57.
[1574] Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 5856/72, § 30.
[1575] Même arrêt, § 30.
[1576] Même arrêt, §§ 30 et 32.

La peine publique, moyen d'exclusion du condamné. La peine publique affecte le lien social : *« l'essentiel étant l'inclusion du coupable dans une nouvelle société, celle des « infâmes » qui se distingue soigneusement de celle des « honnêtes gens », même si le coupable sanctionné demeure aux côtés de ces derniers dans une société qui transcende la leur et la sienne, celle de l'Etat par exemple* »[1577]. L'exécution publique de la peine touche moralement la personne du condamné en ce sens qu'elle consacre l'exclusion de la société des « *honnêtes gens* », en créant chez celui qui l'a subie un sentiment de « *différence* » autant chez celui qui a subi la peine, que chez celui qui en a été le témoin. Le Peletier de Saint-Fargeau introduisit dans la loi une cérémonie publique de dégradation civique[1578] ritualisée[1579], afin de remplacer les différentes peine infamantes de l'ancien droit.
Le Code de 1791 ne consacra pas explicitement le terme de peine infamante, mais, conformément à la présentation de Le Peletier, en reprit la substance dans son article 31 : « *Le coupable qui aura été condamné à la peine de dégradation civique, sera conduit au milieu de la place publique où siège le tribunal criminel qui l'aura jugé. Le greffier du tribunal lui adressera ces mots à haute voix : Votre pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme : la loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen français. Le condamné sera ensuite mis au carcan au milieu de la place publique ; il y restera pendant deux heures, exposé au regard du peuple* ». Selon une sorte de parallélisme des formes, Le Peletier de Saint-Fargeau créa une autre cérémonie publique, de réintégration sociale cette fois-ci : la réhabilitation[1580], fortement imprégnée de la procédure de droit canonique sur laquelle il convient donc de s'arrêter.

La peine d'exclusion en droit canonique. Le droit canonique a connu, très tôt pour ses sujets, les peines édifiantes d'exclusion sociale prononcées par l'autorité ecclésiastique en conséquence d'un manquement constaté aux règles imposées par l'Eglise. Cette forme de sanction n'est pas propre à l'être humain et se retrouve fréquemment chez les animaux vivants dans des formes d'organisation sociale[1581]. En 461, le huitième canon du concile de Tours[1582]

[1577] VANDERLINDEN, *op. cit*., p. 447.
[1578] Code pénal de 1791, Première partie, Titre premier, art 1 : « *Les peines qui seront prononcés contre les accusés trouvés coupables par le jury sont* […] *la dégradation civique…* ».
[1579] Par l'exposition et la lecture publique d'une formule légale.
[1580] Code pénal de 1791, Première partie, Titre VII, art. 1-12.
[1581] Nous pensons particulièrement à la manière dont les juments (lorsque l'éleveur leur laisse encore le soin d'éduquer leur progéniture) se comportent avec leur poulain en les punissant par l'exclusion (temporaire) du groupe, et donc en le mettant dans une situation de souffrance morale, celle d'une insécurité instinctive face à d'éventuels prédateurs.
[1582] Concile de Tours (18 novembre 461). Les textes canoniques de ce développement sont tirés de MUNIER Charles, *Corpus christianorum*, *Series Latina*, vol. 149, Cité du Vatican, *Typografi Brepols editores pontificii*,

posait ainsi : « *Qu'il soit tenu pour étranger à la communion de l'Eglise, et à la convivialité des fidèles, ce par quoi et lui-même sera plus facilement à même d'éprouver de la douleur en ce désordre, et les autres seront terrifiés par son exemple* »[1583]. Dans une société exclusivement chrétienne, cette peine a pris, avec les siècles, la forme d'une véritable mort sociale pour celui qui en était frappé. L'exclusion sociale que représentait l'excommunication consistait à interdire la participation aux offices et aux sacrements de l'Eglise[1584], toute conversation avec un chrétien[1585], l'interdiction de recevoir un excommunié à sa table[1586], dans sa maison et même de le saluer dans la rue[1587]. L'excommunié ne pouvait pas fréquenter le marché, le moulin ou le four banal[1588]. Afin d'être reconnaissable, il n'avait pas le droit de se couper la barbe ou les cheveux[1589]. Après sa mort, son corps ne pouvait pas recevoir le traitement d'usage (notamment la mise en linceul), et il ne pouvait pas être enterré dans un cimetière consacré, ni même bénéficier d'une pierre tombale. Aucune prière pour le salut de son âme ne pouvait être prononcée[1590].

En droit romain, la question de l'infamie était réglée, dans le Digeste, par l'Edit du prêteur. L'infamie légale, *infami iuri*, conséquence de la loi, pouvait être immédiate ou médiate. Dans le premier cas, l'infamie découlait du simple établissement d'un fait, par exemple l'exercice d'une profession infâme comme gladiateur, usurier ou prostituée, ou d'une situation comme celle de la veuve s'étant remariée sans respecter le délai de viduité[1591]. Dans le second cas, elle était la conséquence du prononcé d'une condamnation pour une infraction notée d'infamie par la loi.

La procédure canonique organisait aussi la réintégration publique de la personne exclue de la communauté.

1974. La traduction est de M. Olivier GUILLOT in, *Pénitence et peines en matière canonique dans les Gaules aux IVe et Ve siècles*, in HOAREAU-DOINAU Jacqueline et TEXIER Pascal (dir.), *La peine : discours, pratiques, représentations*, « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », vol. 12, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2005, pp. 15 et s.

[1583] « *A communione ecclesiae vel a convivio fidelium extraneus habeatur, quo facilius et ipse compunctionem per hanc confusionem accipiat, et alii eieus terreantur exemplo* ».

[1584] Innocent III, épitre 74 du 2e livre.

[1585] Sur le fondement du chapitre 18 de l'Evangile de Saint Mathieu. Des dérogations étaient possibles s'il fallait entendre l'excommunié en justice, ou pour le médecin le soignant, à condition de ne pas sortir de la question médicale : *Catéchisme de Montpellier*, vol. 2, 1728, p. 182.

[1586] Saint Paul, *Première lettre aux Corinthiens*. Dans ce texte, Saint Paul explique que l'excommunication ne se limite pas à l'exclusion de l'Eglise, mais consiste à livrer l'excommunié au démon (chap. 5).

[1587] Saint Jean, 2e épitre, chap. 10.

[1588] Concile de Tours, 1239.

[1589] Concile de Limoges, 1084.

[1590] Alexandre III, épitre 40.

[1591] Digeste, III, 2.

La pénitence publique et la réintégration du pécheur. Le droit canonique présentait une autre dimension, celle de la pénitence, parfois publique. Ce caractère public n'avait, alors, plus seulement pour objet l'exclusion sociale du pécheur, mais au contraire sa réintégration dans la société chrétienne après une procédure destinée à le mettre en état de prétendre à une telle réhabilitation. L'effet de réintégration n'est possible que par la volonté de l'agent, qui doit subir une épreuve, la pénitence, dont l'aboutissement est un acte de soumission aux règles qu'il a enfreintes. Si la faute a été importante, l'acte de pénitence, dont l'acte de volonté qui engage le pécheur, est public. On trouve trace de la pénitence au canon 22 du concile d'Arles (1er août 314) : « *De ceux qui apostasient, et qui jamais ne se présentent à l'église ni ne demandent à faire pénitence, et qui ensuite, pris par la maladie, demandent la communion, il leur a plu* [aux évêques] *que la communion ne devait pas leur être donnée sauf au cas où ils auront retrouvé la santé* [spirituelle] *et donné de dignes fruits de pénitence* »[1592]. La réintégration dans la communion passe par un engagement, suffisamment convaincant (« *donné de dignes fruits* ») à respecter les règles de la communauté. Pour que la pénitence produise son effet, il faut qu'existe une démarche, une demande, une acceptation de la procédure et de ses effets, bref une collaboration active et visible de l'agent lui-même dont la première étape, essentielle, est la reconnaissance de sa faute, qui seule permettra d'envisager la possibilité d'une purge pénitentielle. Le terme « *accepta* » apparaît au sujet de la pénitence lourde dans le troisième canon du Concile d'Orange (8 novembre 441) : « *Qui recedunt de corpore, paenitentia accepta…* ». M. Guillot note, à ce sujet : « *le terme accepta implique que pour être « reçue » l'épreuve en cause a été demandée par le pécheur* »[1593]. L'épreuve, qui fait de son sujet un « *pénitent* » - c'est-à-dire un être humain en attente de réintégration - peut être plus ou moins longue et plus ou moins difficile, avant de pouvoir prétendre à une absolution qui prend la forme d'un acte rituel, l'imposition « *réconciliatoire* » de la main[1594]. Nommé « *sacrement de la Réconciliation* » dans le nouvel *Ordo Paenientiae* du Code de droit canon de 1983[1595], le sacrement de la pénitence[1596] était déjà en place au début du IIIe siècle, dans un essai consacré à ce sujet par Tertullien[1597]. La qualité de la pénitence est fondée,

[1592] GUILLOT Olivier, « Pénitence et peines en matière canonique dans les Gaules aux IVe et Ve siècles », in HOAREAU-DOINAU Jacqueline et TEXIER Pascal (dir.), *La peine : discours, pratiques, représentations*, « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », vol. 12, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2005, p. 17.
[1593] *Ibid*., p. 21.
[1594] « *reconciliatoria manus impositione* », troisième canon du concile d'Orange (8 novembre 441).
[1595] Canons 959-991.
[1596] Qui inspirera Le Peletier de Saint-Fargeau.

notamment, sur le regret d'avoir transgressé les règles (le remords du pécheur) et sur les corrections qu'il a apportées à son comportement afin de se conformer à ces règles. Cette idée se trouve, par exemple, dans le deuxième canon du Concile de Vaison (13 novembre 442) : « *En faveur de ceux qui, ayant reçu pénitence, vivant suivant le cours d'une vie bonne en donnant satisfaction à leur remords.* »[1598] Il arrivait aussi que l'Eglise n'envisage pas la réintégration du pécheur, et il est intéressant de constater que c'est alors, dans les textes latins, le terme « *peine* » (*poena*) qui est utilisé au lieu de celui de « *pénitence* » (*paenitentia*). La formulation apparaît dans le quatrième canon du Concile de Tours (18 novembre 461) au sujet des clercs défroqués qui devaient être frappés de la « *peine* » d'excommunication[1599]. Il est aussi intéressant de relever l'idée que la purgation de la faute pouvait prendre le chemin d'une souffrance physique. C'est le cas, par exemple, de la sanction infligée, à la demande de l'agent et comme alternative à une excommunication temporaire, par le treizième canon du concile de Vannes (461-471), pour les clercs coupables d'ébriété[1600]. M. Guillot relève que les décisions conciliaires de cette époque « *font une part à la pénitence publique* » et « *attribuent un rôle fondamental à la démarche initiale du pécheur, à l'instant qu'il sollicite la pénitence : à la confessio du péché, suivie, une fois donnée, la pénitence, de la professio d'accomplir cette dernière, c'est-à-dire deux manifestations de volonté qui ouvrent au pécheur la voie de la rémission à venir.* »[1601]

La publicité de la réintégration du condamné dans le Code pénal de 1791. L'infamie, en droit canonique, n'était pas forcément définitive. L'excommunication était une peine dont le caractère pouvait être temporaire. Cette idée d'une réintégration dans la société à l'issue d'un rituel public se retrouve également chez Lepeletier de Saint-Fargeau qui, s'il prévoyait de rendre publique l'application de la peine à des fins d'exemplarité, tirait de cette idée le possible retour du condamné au sein des honnêtes gens : « *Appelons par nos institutions le repentir dans le cœur du coupable ; qu'il puisse revivre à la vertu, en lui laissant l'espérance de revivre dans l'honneur* […] *après qu'une longue partie de sa vie passée dans les peines aura acquitté le tribut qu'il doit à l'exemple, rendu à la société qu'il puisse encore recouvrer*

[1597] Cet ouvrage a été traduit et commenté par M. l'Abbé Charles Munier, professeur à l'Université de Strasbourg : TERTULLIEN et MUNIER Charles, *La Pénitence*, « Sources chrétiennes », vol. 316, Paris, Les éditions du Cerf, 1984, particulièrement pp. 76-104.
[1598] « *Pro his qui paenitentia accepta in bonae vite cursu satisfactoria compunctione uiuentes…* » Cité par GUILLOT, *op. cit.*, p. 22.
[1599] « *excommunicationis poena feriatur* »
[1600] « *… nous avons décidé qu'il devra, ou bien être écarté de la communion pendant trente jours, ou bien être soumis au supplice corporel.* » ; « *… aut triginta dierum spatio a communione statuimus submovendum aut corporali subdendum esse supplicio* ».
[1601] GUILLOT, *op. cit.*, p. 29.

son estime par l'épreuve d'une conduite sans reproche, et mérite un jour que la patrie elle-même efface de dessus son front jusqu'à la tache de son crime qu'il aura suffisamment expié. »[1602] Au bout de plusieurs années de repentir et de conduite irréprochable Le Peletier proposait de ménager la possibilité, jamais automatique, de réintégrer un condamné par une cérémonie publique de « *baptême civique* […] *accompagné de solennités* »[1603] sur proposition des municipalités. L'idée existait déjà dans le droit romain, dans le sens de *re* (de nouveau) et *habilis* (propre à), consacrant étymologiquement la « *réintégration dans une capacité qu'on avait perdue* »[1604]. Tirée du droit canonique[1605], nous la trouvons déjà dans l'ordonnance de 1670. La réhabilitation est à distinguer de la révision et de la grâce, en ce qu'elle suppose la faute expiée par la peine et le repentir ; le condamné était relevé après avoir subi une épreuve et avoir donné les gages de sa correction.

La réhabilitation n'est pas la grâce. La réhabilitation, pour le législateur de 1791, n'est pas l'acte de clémence qu'était la grâce antique[1606], mais la conséquence d'une action du condamné, celle d'une réconciliation avec l'ordre, comme la présente Platon, sur les traces de Socrate, dans *Gorgias et Lois*[1607]. Cette appréciation essentielle de la philosophie stoïcienne sera reprise par la pensée chrétienne[1608]. Nous la retrouvons en droit canonique dans la formule de « *peine médicinale* », déjà évoquée, pour désigner l'institution des « *pénitences canoniques* ». La distinction entre pénitence et indulgence, recouvre celle séparant la réhabilitation du droit de grâce. Il est d'ailleurs intéressant de constater que c'est au nom d'une certaine idée de la dignité, que Constantin, premier empereur chrétien, prohiba l'usage de la marque sur le front « *pour ne pas déshonorer un visage formé à l'image de la beauté céleste* »[1609]. Le droit de grâce a traversé les siècles en même temps que celui de rendre la justice. L'ordonnance de Blois en 1498 l'a formalisé. Les lettres de réhabilitation avaient un

---

[1602] LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU., Rapport sur le projet de Code pénal, *op. cit.*, p. 331.
[1603] *Ibid*, p. 357.
[1604] LAIR Adolphe, *De la réhabilitation des condamnés dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne, comparée dans ses effets avec la grâce, l'amnistie et la révision*, Thèse, Paris, Tunot, 1859, p. 1.
[1605] « *Idée chrétienne par excellence* […] *elle a vécu dix-huit siècles dans la pratique de l'Eglise avant d'entrer dans la conscience publique et de conquérir sa place dans la loi* » : LAIR, De la réhabilitation …, *op. cit.*, p. 13.
[1606] Y compris chez les Romains où existait la pratique de la *restitutio in integrum*, mais où la question ne fut que de savoir si la clémence relevait du peuple ou de l'empereur, même si Sénèque était influencé par la pensée grecque : « *Qui poenitet peccati fere innocent est* », celui qui se repend est déjà presque innocent : Sénèque, *De Clementia*, I, 6.
[1607] « *Qu'il meure, s'il est incorrigible* ».
[1608] L'évangile selon saint Matthieu, utilise l'image du berger pour présenter Jésus comme venant ramener à Dieu les brebis égarées. Matth., XV, 24. Il ne s'agit pas vouloir la mort du pécheur, mais son salut. Ezéchiel, 33, 11.
[1609] Constitution de Constantin, 318.

double effet : « *effacer la tache d'infamie*[1610], […] *rendre ainsi au condamné sa bonne fame et renommée,* […] *le réintégrer dans les droits dont il était privé* »[1611]. Il fallut cependant attendre la fin du XVIIIe siècle pour voir la philosophie des Lumières, s'approprier ce qui était jusque là un précepte du droit canonique : « *Le coupable est un malade ou un ignorant qu'il faut guérir ou instruire, et non étouffer* » écrivait Brissot[1612], dans ce qui paraît tout de même bien proche de la théorie de la « *peine médicinale* ». Le législateur révolutionnaire a pour la première fois, distinguer la réhabilitation de la grâce. Il a d'ailleurs supprimé cette dernière en estimant qu'elle portait une atteinte inconsidérée à l'exemplarité des peines et en altérait le bénéfice social en les rendant incertaines.

Une décision juridictionnelle publique peu utilisée. Dépendant du bon vouloir du prince, sous l'Ancien régime, la réhabilitation était devenu avec la Constituante, un recours juridique accessible à tous selon le principe d'égalité. La réhabilitation, proposée par l'autorité municipale, devenait une décision juridictionnelle, pouvant être prononcée à partir de l'écoulement de dix années (et deux ans de résidence dans la commune) après la dégradation civique. Comme cette dernière, la cérémonie de réhabilitation était publique, et devait respecter un formalisme exigé par la loi. Face au tribunal et en présence du public, les officiers municipaux donnaient lecture du jugement de condamnation, puis déclaraient, à haute voix : « *Un tel a expié son crime en subissant sa peine ; maintenant sa conduite est irréprochable : nous demandons, au nom de son pays, que la tache de son crime soit effacée* ». Le président, appliquant une procédure qui relevait davantage de l'enregistrement que de la délibération, prononçait alors cette formule : « *Sur l'attestation et la demande de notre pays, la loi et le tribunal effacent la tache de votre crime* »[1613]. Ce système, note Lair, présentait cependant un « *vice* » : « *En entourant ainsi la réhabilitation de solennités et comme d'une « certaine pompe », la Constituante croyait en relever le caractère « et la rendre plus féconde ». Elle se trompait. Le vrai repentir a une pudeur qui craint la publicité : la lecture publique de la condamnation, la présence nécessaire du condamné, et la cérémonie quelque peu théâtrale dont il était l'objet, rendaient pour beaucoup la réhabilitation peu désirable, et ce ne fut pas un des moindres obstacles au développement de cette institution que ces*

[1610] Ce que ne pouvait pas faire la simple grâce.
[1611] LAIR, *De la Réhabilitation*…, op. cit., pp. 69-70.
[1612] BRISSOT DE WARVILLE Jacques, *Théorie des lois criminelles*, Paris, Desauge, 1781, p. xiii.
[1613] Code du 3 brumaire an IV, 1ere partie, Titre VII, art. 1 à 7.

solennités »[1614], qui soulignera en 1852 Langlais s'avéraient « *dangereuses* […] *si elles tendaient à humilier le condamné, immorales, si elles se proposaient de la glorifier* »[1615].

La restriction de la publicité par la législation napoléonienne. Le sénatus-consulte du 16 thermidor an X rétablit le droit de grâce[1616], mais ne toucha pas aux dispositions relatives à la réhabilitation. La question se posa lorsque s'esquissa le projet d'un Code criminel. La réhabilitation n'étant presque pas mise en œuvre, son maintien n'était pas acquis. Lors de la séance du Conseil d'Etat du 30 prairial an 12 (19 juin 1804) au château de Saint-Cloud, la question de savoir s'il y aura, dans le futur code criminel « *un mode de réhabilitation pour les condamnés dont la conduite aura mérité faveur* » fut posée[1617]. Regnaud exposa que « *les circonstances n'*[avaien]*t pas permis* »[1618] d'employer la procédure prévue par le législateur de 1791, et plaida pour une surveillance perpétuelle, par la police, des anciens bagnards qu'il estimait irrécupérables pour la société. Cambacérés plaida pour le maintien de l'institution, mais estima que la réhabilitation ne devait pouvoir exister que « *par des lettres du prince, qui seront délivrées en connaissance de cause et avec les modifications convenables* ». Laumond insista sur la différence existant entre l'infamie de droit et l'opinion du public : « *Les Français pourront ne pas regarder comme infâme celui qui, par vengeance ou par passion, se sera souillé d'un meurtre ; mais ils ne rendront jamais leur estime à l'individu condamné pour vol ou pour d'autres crimes auxquels l'opinion publique attache un caractère de bassesse* »[1619]. Pour lui, donc, vouloir rétablir la considération publique par une décision telle que la réhabilitation judiciaire est « *illusoire* », même si la tradition de l'Ancien régime voulait que le roi puisse, par ses lettres de réhabilitation, rétablir la réputation et l'honneur d'un condamné[1620]. Regnaud se rangea à l'avis de Cambacérés, qui paraissait être celui de Napoléon, qui assistait, de plus, à cette séance du Conseil d'Etat.

La question de la réhabilitation fut à nouveau présentée au Conseil d'Etat lors de sa séance du 16 août 1808[1621]. Cambacérés déclara que le système de 1791 était « *vicieux* », car il ne laissait pas à la Cour le pouvoir de rejeter la demande formée par les municipalités. Il reconnaissait, par ailleurs, la difficulté de rétablir une réputation : « *un acte de l'autorité ne*

[1614] LAIR, *op. cit*., pp. 84-85.
[1615] Rapport de Jacques Langlais au Corps Législatif sur la loi de 1852.
[1616] Qui fut confirmé par l'article 67 de la Charte de 1814.
[1617] LOCRE Jean-Guillaume, *Législation civile, commerciale et criminelle*, vol. 13, Bruxelles, Tarlier, 1836, p. 33.
[1618] *Ibid*., p. 46.
[1619] *Idem*.
[1620] JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle en France*, Paris, Debure, 1771, p. 415.
[1621] LOCRE Jean-Guillaume, *op. cit*., vol. 14, p. 337.

rétablira jamais un homme dans l'opinion ; c'est à lui de regagner l'estime par une conduite qui efface le souvenir de ses fautes ; et peut-être qu'il faudrait se borner à le rendre à la société après qu'il a subi sa peine, et ensuite le laisser faire ». Il faisait une exception pour celui qui est condamné à une peine perpétuelle, « *celui-là ne peut rentrer dans la société que par un acte souverain* ». Surtout le ministre de la Justice pensait que la cérémonie publique de réhabilitation prévue par la Constituante apportait plus de mal que de bien, et inclinait pour la fin de cette expérience : « *elle renouvelle le souvenir de son crime, sans lui rendre l'honneur : on ne commande pas à l'opinion par des lois et des arrêts. Le parti le plus raisonnable que puisse prendre l'homme qui a eu le malheur de commettre un crime, c'est de s'ensevelir dans l'obscurité la plus profonde* ». Berlier estimait, lui, que la réhabilitation devait être un espoir pour le condamné, et qu'elle ne devait pas être comprise comme rétablissant la bonne opinion du public à son endroit. La réhabilitation devait redonner aux condamnés à temps certains droits, afin de ne pas les laisser en marge et de les constituer « *en état de guerre contre la société* ».

Treilhard, lors de son exposé général sur la « *théorie du code d'instruction criminelle* », le 7 septembre 1808 devant le Conseil d'Etat[1622], défendit avec ardeur l'idée d'une réhabilitation fondée sur la repentance et le retour sur le chemin de la vertu. Les articles du code relatifs à la réhabilitation[1623] furent adoptés lors de la séance du Conseil d'Etat du 24 septembre 1808. L'institution redevint un acte de souveraineté, puisque la décision de réhabilitation n'était plus exécutoire que par lettres de l'Empereur. Une nouvelle procédure était établie : une demande devait être déposée au greffe du tribunal du ressort dans lequel vivait le condamné. Une notice de la demande était publiée dans un journal du lieu où siégeait la cour et de celui où avait été rendue la décision.

La lente disparition de la publicité de la réhabilitation. La réhabilitation demeura cependant toujours aussi rare[1624], ce qui incita le législateur à voter une nouvelle loi en 1852. La publicité fut encore réduite puisque l'obligation d'une annonce légale à insérer dans les journaux fut supprimée, pour ne plus laisser que la publicité « *nécessaire et naturelle* »[1625] du prononcé du jugement à l'audience. Ces dispositions furent encore modifiées par les lois du 19 mars 1864 , du 14 août 1885, du 10 mars 1898, du 4 avril 1915, du 22 décembre 1917 et du

[1622] LOCRE Jean-Guillaume, op. cit., vol. 25, p. 53.
[1623] Articles 619 à 634 du Code d'instruction criminelle.
[1624] BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, Paris, Joubert, 1847, p. 630.
[1625] LAIR, *op. cit.*, p. 104.

19 mars 1919 qui renforcèrent le caractère judiciaire de la procédure et en supprimèrent le caractère public en la confiant à la chambre d'accusation statuant en chambre du conseil.

Une loi du 5 août 1899 introduisit, par son article 10, la réhabilitation de plein droit au bout d'une période variant selon la nature de la condamnation initiale.

Dans sa forme moderne, la réhabilitation est issue d'une loi du 17 juillet 1970[1626], modifiée par des textes du 16 décembre 1992. La loi du 15 juin 2000 a substitué la chambre de l'instruction à la chambre d'accusation. La procédure n'est plus publique et présente un caractère automatique. Elle est prévue par l'article 133-12 du Code pénal ; l'article 133-13 précisant : « *La réhabilitation est acquise de plein droit à la personne physique condamnée qui n'a* » dans des délais variable en fonction de l'intensité de la peine initiale « *subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle* ». La réhabilitation « *efface toutes les incapacités et déchéances qui résultent de la condamnation* »[1627].

Aujourd'hui, la loi porte davantage sur le soin de ne pas exclure le condamné, en limitant la publicité judiciaire de la peine à l'extérieur de la salle d'audience, que sur le fait de le réintégrer au sein de la société.

[1626] Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O. du 19 juillet 1970.

[1627] Art. 133-16 du Code pénal.

Section 2 Une publicité de la sanction désormais limitée à la décision

Plan. Si la publicité du procès pénal, hors de la salle d'audience, par l'institution judiciaire se limite désormais à la décision, cette publicité présente un double aspect en étant un élément de cette peine pour ce qui est de la culpabilité (§ 1) tout en pouvant être mise en œuvre au soutien de l'innocence ou du rappel de sa présomption (§ 2).

§ 1. La publicité, élément de la peine

Plan. Une peine peut porter atteinte aux biens ou à la liberté mais aussi à la réputation (A). Cette dernière sorte de pénalité prend aujourd'hui la forme de la publication judiciaire (B).

A. L'atteinte à la réputation comme moyen de pénalité

L'influence de la Défense sociale nouvelle. Marc Ancel plaidait pour une césure dans le procès pénal, qui aurait fait aborder de manière distincte la question de la déclaration de culpabilité et celle de la peine[1628], se fondant notamment sur le précédent historique du jury populaire, « *juge du fait* ». Il s'agissait, dans son esprit, non seulement de faire échapper l'application de la décision judiciaire à la publicité, mais une partie des débats également. La peine aurait été, selon cette conception, toute entière soustraite au regard du public, y compris pour la manière dont elle aurait été établie.

Cette approche, avec d'importantes nuances, était déjà celle de Ferri qui ne pensait pas que les juristes, donc les juges, étaient les mieux placés pour prononcer une peine -à la différence de certains scientifiques-, et que l'intervention du juriste devait se limiter à la simple question de la culpabilité, donc du fait. Pour l'école positiviste italienne, l'intervention d'un jury, spécialement pour se prononcer sur la peine, relevait de l'aberration intellectuelle. Ancel

[1628] ANCEL Marc, « La césure du procès pénal », *in : Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 207.

soutenait, pour sa part, que les deux débats devaient avoir lieu devant le même juge, mais lors de deux audiences différentes : « *la première est essentiellement juridique et les principes de droit et de procédure pénale doivent alors dominer le débat : c'est le procès de culpabilité. Mais dans le deuxième qui est celle du traitement, le juge doit s'inspirer avant tout du souci du retour de l'individu à la vie sociale. Ce sont ici des considérations pédagogiques ou thérapeutiques qui sont prédominantes* »[1629].

Cette conception médicinale de la justice rompait forcément avec une doctrine qui considérait le condamné comme l'objet d'une décision avant tout destinée au public.

La théorie de la Défense sociale nouvelle était également défendue par Georges Levasseur qui proposait une audience sur l'établissement des faits, puis une autre sur l'imputabilité. Dans son esprit, cette seconde audience, lors de laquelle pourrait être longuement abordée la personnalité de la personne poursuivie[1630], devait pouvoir largement échapper à la publicité, dès lors que des éléments de nature intime ou personnelle relatifs à la personne jugée étaient susceptibles d'y être abordés[1631].

Selon cette théorie, la peine est essentiellement corrective, destinée au relèvement individuel. Plusieurs réformes législatives ont été inspirées par cette pensée : l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 sur l'enfance délinquance qui vise des buts éducatifs avant d'être répressifs ; le décret n° 52-356 du 1er avril 1952 organisant les libérations conditionnelles ; les dispositions du Code de procédure pénale rendant obligatoire l'examen de la personnalité des personnes jugées ; la création d'un juge de l'application des peines et d'une manière plus générale, toute la philosophie ayant présidé au nouveau régime de l'exécution des peines[1632]. L'institution du suivi socio-judiciaire[1633] par les articles 131-36-1 et suivants du Code pénal, participe également de cet esprit, qui emporte pour le condamné « *l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines* […] *à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive* ».[1634]

[1629] ANCEL Marc, « La césure du procès pénal », *op. cit.*, p. 213.

[1630] ANCEL Marc, « La césure du procès pénal », op. cit., p. 220 : où l'auteur considère que cette phase consacrée à la personnalité est « *le jugement de l'homme, c'est-à-dire le procès de défense sociale* ».

[1631] LEVASSEUR Georges, « Chronique de défense sociale », RSC, 1968, p. 364.- LEVASSEUR Georges, « *La publicité dans le procès pénal*, in *Chronique de défense sociale, 22e journées de défense sociales, journées franco-suisses, Neuchâtel, 13 et 14 novembre 1975*, RSC, 1976, pp 519-535.

[1632] LEVASSEUR Georges, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *Revue de Sciences Criminelles*, 1991, p. 9.

[1633] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998.

[1634] Art. 131-36-1, 2e al., du Code pénal.

Il est à noter que cette doctrine influencant fortement l'application des peines, les décisions judiciaire sont parfois totalement modifiées, sans publicité, à cette étape de la procédure[1635]. M. Badinter s'en expliquait dès 1973 : « *Le public réclame le châtiment. Et si l'institution judiciaire n'assouvissait pas le besoin d'une punition, cela produirait une frustration formidable, qui se porterait alors sur d'autres formes de violence. Cela dit, une fois la dramaturgie judiciaire accomplie, la substitution du traitement à la punition permet la réinsertion sans toucher au rituel. Et le tour est joué* »[1636]. En 2001, 45,5 % des peines de privation de liberté n'avaient pas été mises à exécution 18 mois après leur prononcé[1637]. La non exécution pour des motifs non juridiques (autres qu'une condamnation non définitive, la grâce, l'amnistie, le décès ou la prescription) représentait 12,5 % des peines non exécutées. Dans son rapport remis au Président de la République, M. Eric Ciotti, député, estimait entre 97.000 et 102.000 le nombre de peines de prison ferme exécutoires et non exécutées[1638] en décembre 2010. Au 31 mars 2011, « *l'estimation était de 80.000 à 89.000 peines en attente d'exécution* »[1639].

L'importance grandissante de la valeur symbolique de la peine. L'absence de visibilité de l'exécution de la peine a renforcé l'importance symbolique du prononcé de cette dernière. « *C'est par la nature et le taux de la peine que les citoyens – et notamment la victime – peuvent prendre conscience de l'intérêt attaché concrètement à la répression par la société ; le prononcé de la peine révèle ainsi, de manière conventionnelle, la gravité du fait et plus encore le danger que représente pour la société l'auteur condamné. Dans cette mesure, le prononcé de la peine peut rassurer le grand public sur le châtiment qu'il est en droit d'attendre pour se sentir protégé ; dans cette même mesure la peine prononcé peut éduquer la conscience publique en soulignant l'importance de la norme transgressée* […] *toute peine prononcée, quelle qu'elle soit, emporte nécessairement un effet du seul fait de son prononcé et indépendamment de son exécution. La peine est en effet connue telle qu'est est prononcée publiquement, tandis que, restant secrète, son exécution ne pourra emporter un quelconque*

[1635] L'article 723-15 du Code de procédure pénale permet l'aménagement de la peine par le juge d'application des peines lorsque la peine prononcée ou restant à subir est inférieure ou égale à un an d'emprisonnement.
[1636] FOUCAULT Michel, *Dits et écrits, 1954-1988*. Vol. 2, Paris, Gallimard, 2001, p. 294.
[1637] TORTERAT Jérémie, TIMBART Odile, « L'exécution des peines d'emprisonnement ferme », *Infostat Justice*, n° 83, Ministère de la Justice, juillet 2005, p. 1.
[1638] CIOTTI Eric, Rapport pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines, 7 juin 2011, Paris, La Documentation française, p. 4.
[1639] Idem.

effet de prévention générale », écrit M. Close [1640]. Par ailleurs, M. le Professeur Van de Kerchove souligne l'évolution contemporaine qui consiste à faire du prononcé de la peine l'enjeu du procès, la déclaration de la peine, et plus encore sa diffusion, devant être considérée comme une peine en elle-même[1641].

Cette évolution a été critiquée par M. Denis Salas, qui relève que depuis les années 1990 la norme pénale s'affirme « *comme le seul langage disponible dans une société où les valeurs partagées s'affaiblissent* […] *La tentation d'exorciser les grands problèmes de société par le seul interdit juridique triomphe* »[1642]. Depuis deux à trois décennies, la peine a une fonction moins rédemptrice, moins médicinale, et renoue avec ses origines vindicatives. Le rapport du public avec le système pénal a fait l'objet d'un glissement, s'écartant de « *la sollicitude envers l'homme coupable* » pour prendre le parti des victimes[1643]. L'exécution de la peine échappant au public et à son contrôle, l'enjeu tend donc à se concentrer sur la décision, autant comme élément symbolique que comme partie intégrante de la peine elle-même, par l'ampleur de la réprobation sociale ainsi manifestée.

La publicité de la peine, élément de cette dernière. Jousse définissait les peines comme « *les diverses punitions qu'on fait souffrir aux malfaiteurs.* »[1644] Classiquement, ce mal peut porter sur quatre objets : la vie, l'honneur, la liberté et les biens ; classification qui entraînait la distinction entre peines capitales, corporelles, afflictives, infamantes et pécuniaires. Dans son mémoire sur les peines infamantes, Muyart de Vouglans notait : « *Le caractère dominant de notre nation est, comme l'on sait, une extrême délicatesse sur le point d'honneur* […] *D'où il faut conclure qu'un des principaux objets de notre législation criminelle dans ce Royaume, doit tendre à déterminer la manière dont on droit procéder dans l'imposition de ces sortes de peines qui emportent l'infamie ou la flétrissure des condamnés* »[1645].

La double face afflictive et infamante de la peine. En préférant la *correction* à la *punition*, l'école de Défense sociale nouvelle avait posé une conception de la peine atténuant, sinon

---

[1640] CLOSE Frédéric, « Requérir la peine privative de liberté et son exécution », in *La durée et l'exécution des peines, Rapports de la journée du 22 avril 1988*, Liège, Jeune barreau de Liège, 1988, p. 33, cité in VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal, Bruxelles*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 114.
[1641] *Ibid*., p. 209.
[1642] SALAS Denis, *La volonté de punir*, Paris, Hachette, 2005, pp. 13 et 14.
[1643] *Ibid*., pp. 17 et 62.
[1644] JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle en France*, t. 1, Paris, Debure, 1771, p. 36.
[1645] MUYART DE VOUGLANS , *Mémoire sur les peines infamantes*, in *Les loix criminelles en France*, Paris, Merigot, 1780, p. 832.

écartant pour certaines phases du procès pénal, l'idée de réprobation collective au profit de celle de relèvement moral de la personne condamnée. Comme le défend M. le Professeur van de Kerchove, cette approche n'a cependant pas remis en cause la permanence des caractères de la peine sous sa double dimension afflictive et infâmante[1646]. Cette approche classique se retrouve dans la définition de Garraud : « *la peine est le mal prononcé par le juge* […] *en signe de réprobation de la société contre l'acte et son auteur* »[1647]. La publicité se rattache souvent au caractère infamant de la peine, et parfois même à son caractère afflictif. Présente dans le Code des délits et des peines, la notion de « *peine afflictive et infamante* » se retrouve dans le Code pénal de 1810. L'article 6 disposait que « *les peines en matière criminelle sont ou afflictives et infamantes ou seulement infamantes* », ce qui revient à dire qu'une peine criminelle est toujours infamante. Les peines afflictives et infamantes prévues par l'article 7 du même code étaient « *1° la mort ; 2° les travaux forcés à perpétuité ; 3° la déportation ; 4° les travaux forcés à temps ; 5° la réclusion* ».

Reprenant à son compte l'idée de peines infamantes qui avait été développée par les criminalistes d'Ancien régime[1648], Le Peletier de Saint-Fargeau en 1791 reconnaissait que les peines afflictives qu'étaient le cachot, la gêne et la prison étaient « *aussi infamantes* »[1649], mais proposait dans son projet de Code pénal, des peines spécifiquement « *infamantes* » : la dégradation civique, pour les hommes, et le carcan, pour les femmes[1650].

Le Code pénal de 1810 reprit à son compte des peines infamantes qui avaient été supprimées par le législateur de 1791 : la marque ou flétrissure, à l'article 7 ; le carcan et le bannissement à l'article 8, et garda la peine de dégradation civique[1651]. Certaines dispositions du projet, qui prévoyaient d'autres peines infamantes, ont été abandonnées, notamment en raison des réactions critiques de la majorité des cours et tribunaux consultés. Il en fut ainsi de la peine du carcan appliquée pendant une heure au parricide avant son exécution, considérée comme

---

[1646] VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal, Bruxelles*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 35 : « *la peine est constituée de deux caractères essentiels : d'une part, la privation d'un bien, ou si l'on préfère, l'imposition d'un mal (en termes objectifs) ou d'une souffrance (en termes subjectifs), qu'on vise généralement en parlant de la dimension « afflictive » de la peine ; d'autre part, une marque de réprobation sociale, un blâme, une stigmatisation ou, si l'on préfère, une atteinte à l'honneur susceptible de susciter la honte, à laquelle on se réfère habituellement en parlant de la dimension « infamante » de la peine* ».

[1647] GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3e éd., t. 2, Paris, Sirey, 1914, p. 70.

[1648] MUYART DE VOUGLANS , *Mémoire sur les peines infamantes*, in *Les loix criminelles en France*, Paris, Merigot, 1780.

[1649] LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU, op. cit., p. 346.

[1650] *Idem.*

[1651] Après la loi du 28 avril 1832, l'article 8 du Code pénal ne gardait plus comme peines infamantes : « *1° Le bannissement. – 2° La dégradation civique* ».

« *inutile et même inconvenant* »[1652], « *barbare* »[1653] et surtout propre à attirer la « *pitié* »[1654]. La demande de rétablissement du voile noir dont la tête du parricide était recouverte avant son exécution a, à l'inverse, été entendue : « *c'est par cet emblème qu'on exprime dans un majestueux et religieux silence, qu'un parricide n'est plus digne de partager la lumière des cieux : nous voudrions même qu'un pareil monstre ne pût être conduit au lieu du supplice que dans un état où son corps serait suspendu sans que ses pieds touchasse la terre qu'il épouvante ; et ce serait par ces terribles leçons, par cette horreur profonde qu'inspirerait un parricide condamné dans la situation effroyable où nous le représentons, qu'on prouverait sans parole que le soleil lui refuse sa lumière, et que la terre voudrait se refuser à lui ouvrir ses entrailles pour le recevoir* »[1655]. Le projet initial, de prolonger l'exemplarité de la peine au-delà de la condamnation, en inhumant « *les condamnés à mort sur une grande route et de placer un poteau portant inscription sur leur sépulture* » n'a pas été maintenu, les cours et tribunaux estimant que « *les cendres des morts doivent reposer en paix ; il n'est plus de supplices au-delà du tombeau* »[1656] et, surtout, que les sujets réels de cette sorte de peine infamante *post mortem* seraient surtout les membres, vivants, de la famille du condamné[1657]. Le Code pénal, en revanche, ne reprit pas, malgré la demande de certaines juridictions[1658], la peine de l'amende honorable, qui avait été fermement prohibée par la jurisprudence révolutionnaire.

La disparition des peines « *afflictives* » et « *infamantes* » dans le nouveau Code pénal. L'énonciation des caractères afflictifs et infamants des peines a disparu du nouveau Code pénal, ce qui ne signifie pas que leur réalité n'existe plus. Cette évolution est allée de pair avec un siècle qui a largement renoncé à l'idée d'élimination sociale, donnant beaucoup plus d'importance à l'idée de réinsertion du condamné. La peine de mort a été abolie, les bagnes ont été fermées, et l'idée d'amendement est devenu centrale dans la doctrine juridique dominante, ce qui s'associe mal, comme le relevaient Merle et M. Vitu, à l'énonciation de

---

[1652] Observations du tribunal criminel de la Charente-Inférieure sur le projet de Code criminel, in Observations des tribunaux criminels sur le projet de Code criminel, t. II, Paris, Imprimerie impériale, An XIII, p. 22.
[1653] Observations du tribunal criminel de la Nièvre sur le projet de Code criminel, t. V, *op. cit*., p. 11.
[1654] Observations du tribunal criminel de l'Aude sur le projet de Code criminel, t I, *op. cit*., p. 2.
[1655] Observations de la Cour de justice criminelle du Nord sur le projet de Code criminel, t. V, *op. cit*., p. 27.
[1656] Observations du tribunal criminel de la Charente-Inférieure sur le projet de Code criminel, t. II, *op. cit*., p. 22.
[1657] Observations du tribunal criminel de la Nièvre, sur le projet de Code criminel, t. V, *op. cit*., p. 11. Observations du tribunal criminel des Alpes-Maritimes, sur le projet de Code criminel, t. I, *op. cit*., p. 2. Observations de la Cour de justice de Loir-et-Cher, sur le projet de Code criminel, t. III, *op. cit*., p. 3.
[1658] Observations de la Cour d'appel séant à Rennes, sur le projet de Code criminel,t. I, *op. cit*., p. 22.

« *peines afflictives et infamantes* » qui renvoient à l'existence de personnes « *dont la gravité de la conduite est telle qu'elle ne laisse espérer aucune possibilité d'amendement* »[1659].

La formulation n'a pas, non plus, résisté à la critique selon laquelle ce n'est pas à la loi de dicter les sentiments de la population : « *de deux choses l'une : ou l'opinion publique, flexible à l'impulsion de la loi, déclarera avec elle infâme l'auteur de ces actes ; ou, comme il est arrivé maintes fois, surtout en matière politique, le peuple entourera de ses hommages celui que le juge a noté d'infamie, et voilera sa flétrissure par des couronnes. Dans le premier cas, le législateur fait une chose immorale et dangereuse, en aggravant la mesure du blâme qui est dû aux actes qu'il punit, en troublant par l'influence qu'il exerce les notions vraies et instinctives de la conscience publique. Dans le seconde hypothèse, il fait un acte inutile, qui n'est propre qu'à décrier la loi elle-même, et à jeter le mépris sur ses dispositions* » soulignait Faustin Hélie[1660].

Nous noterons, enfin, comme le relève la Cour européenne des droits de l'homme que toute peine est potentiellement infamante par nature[1661].

Le caractère stigmatisant de la peine a été étudié, que celui-ci soit ou non évoqué par le droit positif. Dans une étude publiée en 1980, M. Walker a dénombré sept effets stigmatisants possibles d'une peine : « *la suspicion d'une récidive, la difficulté de trouver ou de garder un emploi, l'ostracisme, la dégradation de l'image de soi, la réaction hostile contre l'étiquetage, la réaction contre la société qui a produit l'étiquetage, le fait de s'exposer en martyr* »[1662].

La publicité, une peine qui doit être légalement prévue. Dans un arrêt du 17 juin 1860, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré que la publicité pouvait être une peine en jugeant que « *les cours et tribunaux ne peuvent ordonner l'impression et l'affiche de leurs arrêts et jugements à titre de répression pénale que dans les cas déterminés par la loi* »[1663]. De la même manière, les tribunaux ne peuvent pas avoir recours, à titre de peine, à un moyen

---

[1659] MERLE Robert, VITU André, *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 532.

[1660] CHAUVEAU Adolphe, HELIE Faustin, *Théorie du Code pénal*, Paris, Gobelet, 1836, p. 96.

[1661] Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni* [Chambre], Req. n° 5856/72, § 30 : « *la Cour constate d'abord qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal* ».- *Dans le même sens : ORTOLAN , Eléments de droit pénal, 5e éd., t. 2., Paris, Plon, 1886, p. 39 : « Dans toute peine qu'éprouve l'homme, il y a toujours un effet moral »*. - MERLE , VITU André, *Traité de droit criminel*, t.1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 974 : la publicité de la condamnation est *« parfois ressentie, par certains délinquants soucieux de leur réputation, plus lourdement que la peine elle-même »*.

[1662] WALKER. N., *Punishment, Danger and Stigma. The Morality of Criminal Justice*, Oxford, Basil Blakwell, 1980, pp. 142-143, cité in VAN DE KERCHOVE, préc., p. 58.

[1663] Cass. crim., 17 août 1860, Bull. crim. 1860, n° 195.- Même solution : Cass. crim., 12 juillet 1838, Bull. crim. 1838, n° 210.- Cass. crim., 18 prairial an XII, Bull. crim. an 12, n° 143. - Cass. crim., 12 septembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 268. - Cass. crim., 5 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n° 236.

de publication de leur décision non prévu par la loi[1664], ou en ne respectant pas les conditions posées par cette dernière[1665]. La lecture d'arrêts plus anciens, montre que le Tribunal puis la Cour de cassation ont toujours été attentifs à la pénalité particulière ou aggravée que représente la publication d'un jugement, même si, par le passé, cette faculté était laissée de manière plus large à la disposition des juridictions[1666]. Le Code pénal de 1810 prévoyait dans son chapitre consacré aux « *peines en matière criminelle* », celle de l'affichage de l'arrêt de condamnation : « *Tous arrêts qui porteront la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité et à temps, la déportation, la réclusion, la peine du carcan, le bannissement et la dégradation civique, seront imprimés par extrait. – Ils seront affichés dans la ville centrale du département, dans celle où l'arrêt a été rendu, dans la commune du lieu où le délit aura été commis, dans celle où se fera l'exécution, et dans celle du domicile du condamné* »[1667]
Aujourd'hui, les peines strictement infamantes existent toujours dans le Code pénal, et prennent la forme de publication judiciaire. Elles sont principalement gouvernées par le principe de l'analogie.

La qualité analogique de la peine. Rossi insistait particulièrement, dans son *Traité de droit pénal*, sur la dimension analogique de la peine : « *L'analogie peut-être intrinsèque, morale ou seulement extérieure et matérielle. Elle est intrinsèque, lorsque la peine fait perdre au coupable, en tout ou en partie, le bien correspondant à celui qu'il avait enlevé, le même droit qu'il avait blessé* […] *ou bien lorsque la peine agit contre le penchant qui a été la cause morale du délit. Elle est extérieure, lorsque le législateur imite dans la punition les moyens que le coupable a employés pour l'exécution du crime. L'incapacité politique est une peine intrinsèquement analogue au délit de celui qui, par vanité ou par ambition, a usurpé de fonctions publiques. La peine pécuniaire est analogue au délit d'escroquerie. Percer la langue du calomniateur, condamner l'incendiaire au supplice du feu, noyer l'homme coupable d'inondation, ce sont des peines dont l'analogie n'est que matérielle et extérieure.*

[1664] Cass. crim., 13 mai 1997, Bull. crim. 1997, n° 180.- Cass. crim., 16 novembre 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-80749.
[1665] Cass. crim., 15 juin 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-84974, pour une peine d'affichage d'une durée de plus de deux mois.- Cass. crim., 2 octobre 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-84708, pour une publication décidée en répression d'une infraction relative à un trafic de stupéfiant, pour laquelle la peine de publication n'est pas prévue.
[1666] Cass. crim., 26 pluviose an XII, D. 1802.867 : le tribunal de police pouvait ordonner l'affiche de son jugement lorsque cette mesure était provoquée par les conclusions du plaignant.- Cass. crim.,10 avril 1806, D. 1806.II.124 : sur réquisitions du ministère public, s'il s'agissait d'un délit public.
[1667] Art. 36 du Code pénal de 1810. Ces dispositions demeurèrent à l'identique après la loi du 28 avril 1832 à ces nuances près que la peine de détention apparut, tandis que celle du carcan disparut. L'ordre des peines du bannissement et de la dégradation civiques fut par ailleurs inversé.

L'analogie intrinsèque parle au sens moral et à la raison. L'analogie matérielle s'adresse à l'imagination. Il est des peines qui réunissent les deux espèces d'analogie. La peine du talion, pour certains crimes, en est un exemple. L'analogie, surtout l'analogie morale, est sans doute une qualité utile dans les peines. Elle met en évidence le grand principe d'ordre moral : le mal mérite le mal. Elle frappe l'esprit des hommes, elle en contient les penchants criminels, en leur montrant le danger de perdre précisément le bien dont l'importance est telle à leurs yeux, qu'ils peuvent désirer d'augmenter ce qu'ils en possèdent, même par un crime. […] *L'application des peines doit être frappante, mais elle doit être simple, grave, prompte, et d'un effet immanquable. Ce n'est qu'à ces conditions que le public peut s'associer à la pensée de la loi. Il ne veut pas que le législateur se charge de l'amuser, et moins encore qu'il lui fasse soulever le cœur* »[1668].

L'analogie matérielle, qui a parfois conduit à l'exécution du meurtrier près du lieu du crime avec des moyens rappelant matériellement le crime commis, a disparu de notre droit pénal moderne. Il n'en est pas de même de l'analogie morale, pour laquelle la publicité comme élément de la peine, trouve encore à s'exercer, à condition d'êtres prévues de manière spécifique par la loi. Cette qualité analogique de la peine s'applique en particulier à celle de publication judiciaire, même si l'élargissement de son domaine d'application par le législateur ces dernières années atténue quelque peu ce principe.

B. La peine contemporaine de publication judiciaire

La mise en œuvre de la peine de publication. Le dernier alinéa de l'article 131-48 du Code pénal dispose : « *La peine d'affichage de la décision ou de diffusion de celle-ci est prononcée dans les conditions prévues à l'article 131-35* ».

Ce dernier est ainsi rédigé : « *La peine d'affichage de la décision prononcée ou de diffusion de celle-ci est à la charge du condamné. Les frais d'affichage ou de diffusion recouvrés contre ce dernier ne peuvent toutefois excéder le montant de l'amende encourue.* »

- « *La juridiction peut ordonner l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision, ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci. Elle détermine, le cas échéant, les extraits de la décision et les termes du communiqué qui devront être affichés ou diffusés.* »

[1668] ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Hauman et Compagnie, 1835, p 450.

- « *L'affichage ou la diffusion de la décision ou du communiqué ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit.*
»
- « *La peine d'affichage s'exécute dans les lieux et pour la durée indiquées par la juridiction ; sauf dispositions contraire de la loi qui réprime l'infraction, l'affichage ne peut excéder deux mois. En cas de suppression, dissimulation ou lacération des affiches apposées, il est de nouveau procédé à l'affichage aux frais de la personne reconnue coupable de ces faits.* »
- « *La diffusion de la décision est faite par le Journal officiel de la République française, par une ou plusieurs autres publications de presse, ou par un ou plusieurs service de « communication au public par voie électronique ». Les publications ou les services de « communication au public par voie électronique » chargés de cette diffusion sont désignés par la juridiction. Ils ne peuvent s'opposer à cette diffusion* ».

Affichage et diffusion ne peuvent pas se cumuler, la loi prévoyant un dispositif alternatif. Le fait de prononcer l'affichage en même temps que la diffusion enfreint donc le principe de la légalité des peines et fait encourir la cassation à cette décision[1669].

Les frais encourus par la personne condamnée ne sont pas des frais de justice[1670]. Ils échappent donc aux prévisions de l'article 800-1 du Code de procédure pénale[1671]. La décision judiciaire doit indiquer de manière précise la ou les publications dans lesquelles la décision doit s'insérer, tout comme les lieux et la durée de l'affichage[1672]. Le contentieux relatif à l'exécution de la mesure d'affichage ou de diffusion relève des articles 710 et 711 du Code de procédure pénale[1673].

Le choix d'avoir recours à une peine d'affichage ou de diffusion n'a pas à être motivé par la juridiction[1674]. Les dispositions relatives à des décisions de publication non-conformes sont annulées par voie de retranchement, sans renvoi[1675].

[1669] Cass. crim., 13 mai 1997, Bull. crim. 1997, n° 180.
[1670] Cass. crim., 12 octobre 1995, Bull. crim. 1995, n° 306.
[1671] « *Nonobstant toutes dispositions contraires, les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police sont à la charge de l'Etat et sans recours envers les condamnés…* »
[1672] Cass. crim., 6 mai 1964, Bull. crim. 1964, n° 152.
[1673] Cass. crim., 9 octobre 1997, Bull. crim. 1997, n° 331.
[1674] Cass. crim., 11 janvier 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-80350.
[1675] Cass. crim., 16 novembre 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-80749.- Cass. crim., 15 juin 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-84974. - Cass. crim., 17 février 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-84206.

La nature de la peine de publication. La publication de la décision de condamnation, en tant que pénalité, peut se rencontrer comme une peine complémentaire ou principale. Son utilisation en tant que peine accessoire a été abandonnée.

La publication, peine principale pour les personnes physiques. Les peines principales apparaissaient aux articles 7 et 8 du code pénal de 1810. La peine principale est « *une peine qui, prévue par la loi à titre principal pour sanctionner un comportement déterminé, caractérise à la fois l'existence d'une infraction pénale et la nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle de celle-ci* »[1676]. La peine d'affichage n'était pas une peine principale sous cette législation.

Notons toutefois, à la fin du XIXe siècle, l'existence d'une loi républicaine sur l'enseignement primaire, adoptée le 28 mars 1882, frappant de « *la peine* » d'affichage public le père de famille qui ne remplissait pas ses devoirs, en l'espèce de se conformer à l'obligation d'instruction primaire obligatoire pour les enfants des deux sexes, âgés de 6 à 13 ans révolus. En cas de récidive, la loi prévoyait l'affichage d'une réprimande publique, pendant quinze jours sur la porte de la mairie de la commune où la famille résidait. Ces dispositions ont été modérées par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 décembre 1883[1677], dans lequel la Cour a exigé que le père soit entendu préalablement à l'exécution de la mesure. Cette dernière, cependant, est bien qualifiée de peine par la loi, et étant la seule peine prévue par le texte était bien un cas de recours à la publicité à titre de peine principale.

En matière correctionnelle, la publication de la décision peut, de nos jours, être prononcée à titre de peine principale selon les prévisions de l'article 131-3 du Code pénal qui dispose que « [l]*es peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont* […] *les peines* […] *prévues à l'article 131-10* » du Code pénal. Ce dernier article prévoit à titre de peine l' « *affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci, soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique* ». L'article 131-3 du Code pénal établit une gradation entre les peines, leur gravité relative étant determinée par leur rang dans le Code[1678]. L'ordre posé par l'article 131-3 est le suivant : 1° L'emprisonnement. 2° L'amende. 3° Le jour-amende. 4° Le stage de citoyenneté. 5° Le travail d'intérêt général. 6° Les peines privatives ou restrictives de droit prévues à l'article 131-6 du Code pénal. 7° Les

[1676] DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2007, p. 692.
[1677] Cass. crim., 14 décembre 1883, *D*.1884.I.214.
[1678] Cass. crim., 15 février 1956, Bull. crim. 1956, n° 164.

peines complémentaires prévues à l'article 131-10, parmi lesquels nous trouvons la publication judiciaire. 8° La sanction réparation.

Le nouveau Code pénal se caractérise donc par la possibilité laissé au juge de prononcer, à titre principal, une peine désignée comme « *complémentaire* »[1679] : « *Lorsqu'un délit est puni d'une ou de plusieurs peines complémentaires mentionnés à l'article 131-10, la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues à titre de peine principale* », prévoit l'article 131-11 du Code pénal.

La publication de la condamnation n'est pas prévue à titre de peine principale en matière contraventionnelle[1680] et criminelle[1681] pour les personnes physiques. Elle ne peut pas être assortie du sursis[1682].

La peine complémentaire de la publication peut être ordonnée de manière obligatoire par des textes se trouvant dans d'autres codes que le code pénal. Ainsi, l'article L 121-4 du Code de consommation prévoit la publication de la condamnation pour les délits de publicité mensongère : « *En cas de condamnation, le tribunal ordonne la publication du jugement. Il peut, de plus, ordonner la publication, aux frais du condamné, d'une ou plusieurs annonces rectificatives* ». Cette disposition a été contestée devant le Conseil constitutionnel, qui l'a validée dans une décision du 29 septembre 2010 : « 4. *Considérant qu'en instituant une peine obligatoire directement liée à un comportement délictuel commis par voie de publicité, l'article L. 121-4 du code de la consommation vise à renforcer la répression des délits de publicité mensongère et à assurer l'information du public de la commission de tels délits ; 5.Considérant que le juge qui prononce une condamnation pour le délit de publicité mensongère est tenu d'ordonner la publication du jugement de condamnation ; que, toutefois, outre la mise en œuvre des dispositions du code pénal relatives à la dispense de peine, il lui appartient de fixer, en application de l'article 131-35 du code pénal, les modalités de cette publication ; qu'il peut ainsi en faire varier l'importance et la durée ; que, dans ces conditions, le juge n'est pas privé du pouvoir d'individualiser la peine ; que, par suite, l'article L. 121-4 du code de la consommation n'est pas contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789.* »[1683]

[1679] Voir *supra* le détail des infractions pour lesquelles la peine complémentaire de publication peut être prononcée.
[1680] Art. 131-12 du Code pénal.
[1681] Art. 131-1 du Code pénal.
[1682] Art. 132-31 du Code pénal.
[1683] Décision n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010, J.O. du 30 septembre 2010, p. 17783.

La publication, peine principale pour les personnes morales. Pour les personnes morales, l'article 137-37 du Code pénal prévoit, par un renvoi à l'article 131-39 du même code, que la publication de la décision soit prononcée à titre principal, mais seulement « *dans les cas prévus par la loi* ». Cette possibilité est cependant largement ouverte aussi bien en matière criminelle que correctionnelle. La matière contraventionnelle n'est pas concernée.

L'article 131-39 du Code pénal énonce « *qu'un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines suivantes :* […] *9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de « communication au public par voie électronique* ».

Les « *cas prévus par la loi* » pour lesquels une personne morale peut être condamnée à la peine de la publication judiciaire à titre de peine principale sont très nombreux, dans la plupart des cas par renvoi à l'article 131-9 du Code pénal, ou alors par renvoi direct à l'article 131-35 du même Code. Ils concernent les infractions qualifiées de crimes ou de délits relatives aux « *atteintes volontaires à la vie* »[1684] ; aux « *atteintes involontaires à la vie* »[1685] ; aux « *atteintes volontaires à l'intégrité de la personne* »[1686] ; aux « *atteintes involontaires à l'intégrité de la personne* »[1687] ; aux « *agressions sexuelles* »[1688] ; au « *trafic de stupéfiants* »[1689] ; « *aux risques causés à autrui* »[1690] ; à « *l'entrave aux mesures d'assistance et* [à] *l'omission de porter secours* »[1691] ; à « *la provocation au suicide* »[1692] ; à « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse* »[1693] ; aux « *discriminations* »[1694] ; à « *la traite des êtres humains* »[1695] ; au « *proxénétisme et* [aux] *infractions qui en résultent* »[1696] ; au « *recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables* »[1697] ; aux « *conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne* »[1698] ; au « *bizutage* »[1699] ; aux « *atteintes au respect dû aux morts* »[1700] ; à « *l'atteinte à la vie*

[1684] Art. 221-5-2 du Code pénal.
[1685] Art. 222-6-1 du Code pénal.
[1686] Art. 222-18-2 du Code pénal.
[1687] Art. 222-21 du Code pénal.
[1688] Art. 222-33-1 du Code pénal.
[1689] Art. 22-42 du Code pénal.
[1690] Art. 223-2 du Code pénal.
[1691] Art. 223-7-1 du Code pénal.
[1692] Art. 223-15-1 du Code pénal.
[1693] Art. 223-15-4 du Code pénal.
[1694] Art. 225-4 du Code pénal.
[1695] Art. 225-4-6 du Code pénal.
[1696] Art. 225-12 du Code pénal.
[1697] Art. 225-12-4 du Code pénal.
[1698] Art. 225-16 du Code pénal.
[1699] Art. 225-16-3 du Code pénal.
[1700] Art. 225-18-1 du Code pénal.

privée »[1701], à « *l'atteinte à la représentation de la personne* »[1702] ; à « *la dénonciation calomnieuse* »[1703] ; aux « *atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques* »[1704] ; aux « *atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification de ses empreintes génétiques* »[1705], à « *l'abandon de famille* »[1706] ; aux « *atteintes à la filiation* »[1707] ; à « *la mise en péril des mineurs* »[1708] ; au « *vol* »[1709] ; à « *l'escroquerie et aux infractions voisines* »[1710] ; au « *détournement de gage ou d'objet saisi* » et à « *l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité* »[1711] ; au « *recel et aux infractions assimilées ou voisines* »[1712] ; aux « *destructions, dégradations et détériorations* »[1713] ; aux « *atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données* »[1714] ; au « *blanchiment* »[1715] ; aux « *atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation* »[1716] ; aux « *actes de terrorisme* »[1717] ; aux « *atteintes à la paix publique* »[1718] ; aux « *atteintes à l'action de la justice* »[1719] ; aux « *atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des autres organisations internationales publiques* »[1720] ; à « *la falsification des titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique* »[1721] ; à « *la falsification des marques de l'autorité* »[1722] ; à « la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique »[1723] à « *la participation à une association de malfaiteurs* »[1724] et aux infractions « *en matière d'éthique biomédicale* »[1725].

[1701] Art. 226-7 du Code pénal.
[1702] Par renvoi de l'art. 226-9 à l'art. 226-7 du Code pénal.
[1703] Art. 226-12 du Code pénal.
[1704] Art. 226-24 du Code pénal.
[1705] Art. 226-30 du Code pénal.
[1706] Art. 227-4-1 du Code pénal.
[1707] Art. 227-14 du Code pénal.
[1708] Art. 227-17-2 du Code pénal.
[1709] Art. 312-15 du Code pénal.
[1710] Art. 313-9 du Code pénal.
[1711] Art. 314-13 du Code pénal.
[1712] Art. 321-12 du Code pénal.
[1713] Art. 322-17 du Code pénal.
[1714] Art. 323-6 du Code pénal.
[1715] Art. 324-9 du Code pénal.
[1716] Art. 414-7 du Code pénal.
[1717] Art. 422-5 du Code pénal.
[1718] Art. 433-25 du Code pénal.
[1719] Art. 434-47 du Code pénal.
[1720] Art. 442-14 du Code pénal.
[1721] Art. 443-8 du Code pénal.
[1722] Art. 444-9 du Code pénal.
[1723] Art. 445-4 du Code pénal.
[1724] Art. 450-4 du Code pénal.
[1725] Art. 511-28 du Code pénal.

La publicité prohibée comme peine accessoire. Les peines accessoires « *ont surtout pour but d'assurer l'efficacité de la peine principale ou de prévenir la récidive ; elles sont encourues, de plein droit, et viennent s'adjoindre à la peine principale pour la corroborer et pour en consacrer les conséquences juridiques* »[1726]. Résultant de la condamnation, la peine accessoire « *s'applique donc sans que le juge ait à la prononcer* »[1727].

La loi correctionnelle de 19-22 juillet 1791 prévoyait la publicité par affichage des condamnations pour escroquerie[1728]. Le code pénal de 1810 a abrogé la disposition. Son article 36 prévoyait cependant l'affichage par extraits des arrêts criminels. L'article 396 du Code d'instruction criminelle punissait le juré défaillant par une amende en disposant, dans son dernier alinéa : « *L'arrêt sera imprimé et affiché à ses frais* ».

Le législateur, en retenant le principe de la « *personnalisation des peines* »[1729] comme fondement du nouveau Code pénal, en a tiré la conséquence que la loi était incompatible, par nature, avec des peines accessoires, c'est-à-dire s'appliquant automatiquement sans que la juridiction l'ait décidé. Le caractère automatique crée une situation de « *peine aveugle* »[1730], dans laquelle il n'est pas certain que la juridiction soit consciente de la portée de la décision qu'elle rend. Dès lors, une telle disposition légale prête le flanc à une critique fondée sur la Convention européenne des droits de l'homme, et la jurisprudence classique de la Cour européenne des droits de l'homme qui jauge la conventionalité d'une décision à sa « *nécessité* ». Comment un juge peut-il apprécier la nécessité d'une peine, s'il en ignore l'existence au moment où il prononce ? Le principe de l'exclusion des peines automatiques a donc été posé dans le nouveau code pénal, dont l'article 132-17 dispose, afin de prohiber les « *peines aveugles* » : « *Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée* ».

Le principe d'une pénalité accessoire, toutefois, subsiste dans d'autres codes qui tirent des conséquences, en matière de restrictions de droit et d'incapacité légale, d'une condamnation pénale[1731]. Dans une décision du 11 juin 2010[1732], le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article 7 du Code électoral qui interdisait l'inscription sur les listes

---

[1726] GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, Paris, Larose, 1885, p. 235.
[1727] DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2004, p. 695.
[1728] Art. 27 à 35.
[1729] Un des grands principes de l'Ecole de la Défense sociale nouvelle.
[1730] DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2004, p.841.
[1731] Par exemple, l'article L.322-2 du Code des assurances, entraînant l'incapacité d'être assureur ; l'article L 123-11-3 du Code de commerce, qui entraîne l'interdiction d'exercer l'activité de domiciliation ; l'article L. 500-1 du Code monétaire et financier, qui entraîne l'interdiction d'être prestataire de services financiers ; l'article L. 234-13 du Code de la route qui entraîne l'annulation automatique du permis de conduire. Cette liste n'est pas exhaustive.
[1732] Décision 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, J.O. du 12 juin 2010, p. 10849.

électorales de personnes condamnées pour certaines infractions. A l'inverse, il a validé, en avril 2011, la déchéance de plein droit des fonctions de juge consulaire des personnes condamnées pénalement[1733]. Un condamné peut, toujours, demander le relèvement d'une peine accessoire ou obligatoire selon les prévisions des articles 702-1 et 703 du Code de procédure pénale.

La publicité, peine complémentaire. Les peines complémentaires « *tiennent le milieu entre les peines accessoires et les peines principales ; comme les premières, elles sont le complément d'autres peines et ne sont jamais encourues seules ; comme les secondes, elles doivent être prononcées d'une manière formelle et sont attachées, non à certaines peines, mais à certains délits.* »[1734]. « *Les peines complémentaires sont des peines spécialement prévues pour chaque infraction et destinées, comme leur nom l'indique, à compléter les peines principales* »[1735]. Elles doivent être spécialement prévues pour chaque infraction ; elles s'appliquent aussi bien en matière criminelle, correctionnelle que contraventionnelle ; elles peuvent être prononcées cumulativement avec la peine principale.

La publicité, comme peine complémentaire, était parfois obligatoire, comme celle organisée par la loi du 3 décembre 1926 qui disposait que le tribunal *« ordonnera que le jugement de condamnation sera publié intégralement ou par extrait dans les journaux qu'il désignera et affiché dans les lieux qu'il indiquera, notamment aux portes du domicile, des magasins, usines ou ateliers du condamné* »[1736] pour les délits de manipulation des marchés commerciaux[1737], particulièrement ceux relatifs aux « *grains, farines, substances farineuses, denrées alimentaires, boissons, combustibles ou engrais commerciaux* »[1738]. Ce caractère obligatoire de la publication de la condamnation perdure partiellement sous l'empire des lois actuelles, puisque l'article 1818 du Code général des impôts dispose : « *L'affichage du jugement est prononcé par le tribunal pour toute infraction aux dispositions relatives à la déclaration de récolte ou de stock de vins* ».

Cette publicité, même si elle n'était pas toujours obligatoire, s'inscrivait au titre d'une pénalité complémentaire dans des domaines spécifiques, en lien avec la confiance publique, comme la protection du commerce ou celle de la santé publique. Des lois ont ainsi été votées tout au long du XIXe siècle : celle du 28 juillet 1824 pour la répression de l'altération des

[1733] Décision 2011-114 QPC du 1er avril 2011, J.O. du 2 avril 2011, p. 5894.
[1734] DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2004, p. 841.
[1735] DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2004, p. 693.
[1736] Art. 421 de l'ancien code pénal.
[1737] Art. 419.
[1738] Art. 420.

noms sur les produits fabriqués ; celle du 27 mars 1851 réprimant la fraude dans la vente des marchandises ; celle du 5 mai 1855 sur les boissons ; celle du 13 mai 1863 réprimant la tromperie sur la qualité des marchandises vendues ; celle du 4 février 1888 sur les engrais ; celle du 25 avril 1895 sur la vente des sérum thérapeutiques ; celle du 16 avril 1897 sur les fraudes dans le commerce du beurre ; les lois des 11 juillet 1891, 24 juillet 1894 et 14 août 1899 sanctionnant les fraudes dans la vente de vin. Une circulaire du 4 juin 1857 demandait aux parquets de requérir très largement la publicité par voie d'affichage ou d'insertion, en ces matières.

Le recours aux peines complémentaires est aujourd'hui laissé à l'appréciation des juridictions du fond.

A la différence de la peine de publication prononcée à titre principal, la peine complémentaire de publication peut être prononcée en cumul de la peine principale. Cette possibilité est cependant limitée à un certain nombre d'infractions, déterminées par la loi en matière correctionnelle et criminelle, mais jamais en matière contraventionnelle pour ce qui concerne la publication judiciaire.

La publication, peine complémentaire pour les personnes physiques. En matière criminelle, l'article 131-2 du Code pénal dispose que « [l]*es peines de réclusion ou de détention criminelle ne sont pas exclusives d'une peine d'amende et d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-10* ». La publication de la décision figure dans ce dernier article.

La peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée est prévue, par renvoi à l'article 131-35 du Code pénal. La liste initiale du nouveau Code pénal de 1994 a été considérablement allongée à l'occasion de modifications législatives ces dernières années, notamment par les lois n° 2011-525 du 17 mai 2011, n° 2010-769 du 9 juillet 2010 , n° 2009-1437 du 24 novembre 2009, n° 2008-776 du 4 août 2008, n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 et n° 2004-575 du 21 juin 2004. Les infractions concernées par cette disposition sont désormais : les « *atteintes involontaires à la vie* »[1739] ; aux « *atteintes involontaires à l'intégrité de la personne* »[1740] ; « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse* »[1741] ; « *la mise en danger de la vie d'autrui » et « l'expérimentation sur la personne*

[1739] Art. 221-10 du Code pénal.
[1740] Art. 222-46 du Code pénal.
[1741] Art. 223-15-3 du Code pénal.

humaine »[1742] ; les « *discriminations* » et les « *conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne humaine* »[1743] ; les « *atteintes à la filiation* »[1744]; « *l'escroquerie et à ses infractions voisines* »[1745], « *l'abus de confiance* »[1746] ; le « *détournement de gage et d'objet saisi* » et « *l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité* »[1747], le « *recel et infractions similaires ou voisines* »[1748] ; *les atteintes aux « systèmes de traitement automatisé des données* »[1749] ; les « *atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique* »[1750] ; les « *atteintes à l'administration publique commises par des particuliers* »[1751] ; les « *atteintes à l'action de la justice* »[1752], les « *atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats et des autres organisations internationales publiques* »[1753], à la « *corruption de personnes n'exerçant pas une fonction publique* »[1754], au « *harcèlement sexuel* »[1755] , au « *harcèlement moral* »[1756].

La peine complémentaire de publication judiciaire de l'article 131-35 du Code pénal est également visée, par renvoi, dans les dispositions pénales de nombreux autres codes : Code minier, Code de procédure pénale, Code des communes, Code de commerce, Code de l'action sociale et des familles, Code de l'environnement, Code de la construction et de l'habitation, Code de la défense, Code de la mutualité, Code de la propriété intellectuelle, Code de la route, Code de la santé publique, Code des assurances, Code des postes et des communications électroniques, Code du patrimoine, Code du travail, Code du travail applicable à Mayotte, Code forestier, Code général des collectivités territoriales, Code monétaire et financier, Code rural et de la pêche maritime et code électoral.

La publication, peine complémentaire pour les personnes morales. Le Code pénal ne prévoit pas, à proprement parler, de peine complémentaire de publication pour les personnes

[1742] Art. 223-20 du Code pénal.
[1743] Art. 225-19 du Code pénal.
[1744] Art. 227-30 du Code pénal.
[1745] Art. 313-7 du Code pénal.
[1746] Art. 314-10 du Code pénal.
[1747] Art. 314-11 du Code pénal.
[1748] Art. 321-9 du Code pénal.
[1749] Art. 323-5 du Code pénal.
[1750] Art. 432-17 du Code pénal.
[1751] Art. 433-22 du Code pénal.
[1752] Art. 434-44 du Code pénal.
[1753] Art. 435-14 du Code pénal.
[1754] Art. 445-3 du Code pénal.
[1755] Article 222-33 du Code pénal.
[1756] Article 222-33-2 du Code pénal.

morales. L'article 131-37, cependant, prévoit à titre principal « les peines énumérés à l'article 131-39 » du Code pénal, lequel article dispose que « [l]*orsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou plusieurs des peines suivantes* ». La peine d' « *affichage de la décision prononcée ou* [de] *diffusion de celle-ci soit par la presse, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique* », dès lors qu'elle est prévue par la loi pour l'infraction réprimée, peut donc être prononcée concurremment avec une ou plusieurs autres peines si la juridiction en décide ainsi. La publicité organisée par l'institution judiciaire, toutefois, n'est pas utilisée pour la seule répression des infractions ; elle est également prévue au secours de l'innocence ou de sa présomption.

§ 2. La publicité au soutien de l'innocence ou de sa présomption

Plan. Elément de la peine, par l'atteinte à la réputation provoquée par la diffusion de la décision constatant la culpabilité, la publicité peut aussi être décidée au soutien de l'innocence, par la proclamation de celle-ci (A) ou de sa présomption lorsque l'affaire n'est pas encore tranchée (B).

A. La publicité au soutien de l'innocence

Le droit à la publicité de l'innocence. Si une publication judiciairement ordonnée peut aggraver la peine, en augmentant le caractère infamant de la sanction prononcée, l'absence de publicité relative à une décision mettant un terme aux poursuites judiciaires ne respecte pas le droit à un procès équitable de la personne poursuivie. C'est le sens de l'arrêt rendu contre la France le 26 septembre 2000 par la Cour européenne des droits de l'homme[1757]. Un ancien ambassadeur de France auprès des Emirats arabes unis avait été renvoyé devant la Cour de discipline budgétaire et financière, suite à des irrégularités constatées dans les opérations de

[1757] Cour EDH, 26 septembre 2000, *Guisset c. France* [Première section], Req. n° 33933/96.

construction d'un établissement scolaire à Abou Dhabï. Cette juridiction le relaxa des fins de la poursuite au terme d'une audience non publique[1758]. L'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme ne précise pas si cette décision a fait, ou non, l'objet d'une publication puisque le contentieux a exclusivement porté sur l'absence d'audience publique. Cependant, le code des juridictions financières ne prévoit la possibilité d'un acte de publication des arrêts de la Cour de discipline budgétaire et financière que dans les cas de condamnation : « *Les arrêts par lesquels la Cour prononce des condamnations peuvent, dès qu'ils ont acquis un caractère définitif, être publiés, en tout ou partie, sur décision de la Cour, au Journal Officiel de la République française* »[1759]. Par ailleurs, le requérant reprochait aux motifs de cette décision d'énoncer qu'il avait enfreint « *les règles relatives à l'exécution des recettes de l'Etat* ». Le gouvernement français soutenait qu'il ne pouvait pas se plaindre d'un manquement au principe d'un procès équitable, dès lors que la procédure s'était conclue par sa relaxe[1760]. Le requérant, soutenait pour sa part, que le secret qui avait entouré la procédure lui avait porté préjudice dès lors que le coup d'arrêt que cette affaire avait donné à sa carrière avait accrédité l'idée qu'il avait commis une faute dans cette affaire[1761]. La Cour jugea, alors même qu'aucune condamnation n'avait été prononcée, que le caractère secret de la procédure n'avait pas assuré au requérant son droit au procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

La réparation judiciaire. D'une manière traditionnelle, l'Etat ne pouvait pas être amené à supporter des charges consécutives à des fautes de service commises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Il en était, donc, encore moins question lorsque l'abandon des poursuites, ou une décision de relaxe ou d'acquittement intervenait au terme d'une procédure exempte de faute. L'idée n'est pas tout à fait neuve. Louis XVI, déjà, avait tenté de réformer la matière avec sa déclaration du 1er mai 1788 en appelant de ses vœux, « *dans la suite* », le principe d'une indemnité en faveur des personnes victimes d'une erreur judiciaire ou des accusés finalement reconnus innocents[1762].

[1758] Art. L. 314-15 du code des juridictions financières.
[1759] Art. L. 314-20 du code des juridictions financières.
[1760] Même arrêt, § 60.
[1761] Même arrêt, § 65.
[1762] Louis XVI, Déclaration du roi, du 1er mai 1788 relative à l'ordonnance criminelle, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, vol. 1, Paris, Dupont, 1867, p. 311.- Notons que Louis XVI avait parfois mis en œuvre de telles considérations, comme dans le cas de M. de la Bourdonnaie, vice-roi des Indes, reconnu innocent après avoir passé trois ans à la Bastille, et mort ruiné peu après la décision judiciaire. Le roi de France accorda en décembre 1774 un brevet de 2400 livres à sa veuve.

Il fallut cependant attendre la loi du juin 1895 pour voir posé, dans des conditions très restrictives, le principe d'une indemnisation. La loi de finances du 8 avril 1910 créa un poste budgétaire intitulé « *Secours aux individus relaxés ou acquittés* » dotée d'une ligne de 10.000 francs. Ces fonds étaient distribués de manière parcimonieuse, uniquement pour permettre aux personnes « *dignes d'intérêt* » de faire face à leurs besoins les plus urgents. Lors de la première année, ce fonds fut entamé à hauteur de… 25 francs[1763]. Cette ligne budgétaire exista jusqu'en 1980. La loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 posa le principe d'une indemnisation à l'article 149 du Code de procédure pénale lorsqu'il était établi, après une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, qu'une « *détention* [avait] *causé un préjudice manifestement anormal et d'une particulière gravité* ». La jurisprudence interpréta cependant ces termes comme l'exigence de la constatation d'une faute, et il fallut un nouveau texte, la loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996, pour ramener la réparation à la simple existence d'un préjudice[1764].

Cependant, si la loi prévoit la réparation du préjudice subi en raison d'une détention provisoire lors d'une procédure terminée par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, la privation de liberté n'est pas la seule peine qui s'exerce avant la décision sur le fond.

Cette confiscation par provision que représentent les effets d'une procédure pénale, ne touche pas seulement la liberté et les biens, mais porte atteinte, également, à l'honneur des personnes soupçonnées, exigeant une réparation spécifique.

Une réparation spécifique pour l'honneur bafoué. En 1781, Brissot dénonçait déjà : « *cette facilité à fabriquer les calomnies, cette légèreté pour les accueillir, cette inconséquence à les croire, cette cruauté à les répandre ; de là cette rapidité incroyable avec laquelle, dans le plus petit intervalle de temps, un citoyen honnête se trouve soupçonné, déféré, condamné, diffamé, lorsque la malignité élève le moindre nuage sur son caractère, lorsque l'opinion publique le grossit et l'étend, lorsque l'instruction criminelle provisoirement réalise les soupçons imaginaires* »[1765]. Il en déduisait l'obligation pour l'institution judiciaire de compenser, par la publicité de la décision innocentant, l'atteinte à la réputation réalisée par la procédure et ses effets dans les esprits : « *De là conséquemment, l'obligation imposée à la justice, comme représentant de la société, comme chargée de*

[1763] VALICOURT Eliane de, *L'erreur judiciaire*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 239.
[1764] Cet article a ensuite été modifié par les lois du 15 juin 2000, du 9 mars 2004 et du 8 juin 2006.
[1765] BRISSOT de WARVILLE Jacques, *Le sang versé innocent vengé, ou Discours sur les réparations dues aux accusés*, Paris, Desauges, 1781, p. 60.

protéger les droits de chaque individu, de là l'obligation de détruire les soupçons, d'effacer la note d'infamie, de rétablir dans tout son lustre cette réputation perdue par une imprudence rigoureuse . […] *La société* […] *doit donner à sa justification, et au jugement qui lave sa réputation, la publicité la plus éclatante.* »[1766] Brissot prônait même une forme de discrimination positive à l'égard des accusés innocentés : « *ainsi, l'outrage fait à l'innocence serait un titre pour monter plus rapidement aux charges honorables.* »[1767]

Le refus du certificat d'innocence. Dans sa neuvième observation lors des travaux préparatoires du Code pénal, Target déclarait : « *C'est une pensée noble et belle que d'accorder aux innocents soumis aux rigueurs d'une procédure criminelle, et acquittés, un témoignage public d'honneur* »[1768]. Plus loin, il était précisé : « *le témoignage d'honneur consistera en une médaille ou pièce d'argent de la valeur de 4 fr. 50 cent. Portant la légende : Innocence reconnue par la loi.* »[1769] La proposition n'eut pas de suite.

D'autres systèmes juridiques, cependant, ont établi des certificats d'innocence. C'est le cas de celui des Etats-Unis, dont le Code fédéral prévoit dans son titre 28 la possibilité pour la *United States Court of Federal Claims* de délivrer un document officiel indiquant que le titulaire de ce certificat n'est « *pas coupable* » de l'infraction qui lui était reprochée[1770].

Plus intéressant, des études ont été réalisées pour connaître les effets discriminants d'une procédure pénale sur les personnes[1771]. Des demandes d'emplois fictives ont été présentées pour des personnes ayant été condamnées, acquittées, acquittées avec un certificat d'innocence et sans antécédent judiciaire. La personne acquittée possédant un certificat d'innocence reçut deux fois plus de propositions d'emploi que celle n'en possédant pas. L'étude montrait aussi que, pour certaines infractions, des personnes acquittées subissaient une discrimination par rapport à la population « *normale* », ce qui n'était pas observé chez d'autres personnes, pourtant condamnées pour d'autres infractions.

En France, la réparation de l'atteinte à la considération a finalement pris la voie de la publication judiciaire.

[1766] *Ibid.*, pp. 60 et 62.
[1767] *Ibid.*, p. 62.
[1768] TARGET, Observations sur le projet de code criminel, in *Etudes de législations comparées*, Paris, Durand, 1852, p. 11
[1769] *Ibid.*, p. 12.
[1770] VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire c'est punir*, *op. cit.*, p. 265.
[1771] SCHWARTZ Richard, SKOLNICK Jerome, « *Two Studies of Legal Stigma* », *Social Problem*, vol. 2, 1962, pp. 133-142.

Les décisions de révision. Le Code d'instruction criminelle, dans sa version initiale, ne prévoyait pas dans son article 446 la publication des arrêts ou jugement de révision. Cette disposition n'était pas non plus prévue par le texte proposé par le gouvernement lors des travaux préparatoires de la loi de 1895. C'est le député Letellier, au cours des débats, qui introduisit un amendement destiné à appliquer à la procédure en révision, celle ordonnée pour les arrêts de condamnation à l'article 36 du Code pénal[1772]. L'innocence devait être traitée au moins sur le même pied d'égalité que la culpabilité. L'amendement fut adopté et deux alinéas supplémentaires furent insérés à la fin de l'article 446 du Code d'instruction criminelle : « *L'arrêt ou jugement de révision d'où résulte l'innocence d'un condamné sera affiché dans la ville où a été prononcée la condamnation, dans celle où siège la juridiction de révision, dans la commune du lieu où le crime ou le délit aurait été commis, dans celle des domiciles des demandeurs en révision et du dernier domicile de la victime de l'erreur judiciaire, si elle est décédée. Il sera inséré d'office au Journal officiel, et sa publication dans cinq journaux, au choix du demandeur, sera en outre ordonnée, s'il le requiert. Les frais de la publicité ci-dessus prévue seront à la charge du Trésor* ».

Ces dispositions ont été reprises à l'article 626 du Code de procédure pénale avec d'importantes nuances.

L'article 446 du Code d'instruction criminelle était la transposition de l'article 36 du Code pénal, qui était une peine accessoire. L'affichage étant obligatoire pour un arrêt de condamnation, ce caractère avait été gardé pour la décision proclamant l'innocence.

Le Code de procédure pénale n'a pas repris cette solution en faisant dépendre la publication judiciaire de la volonté du demandeur de la révision. Ce dernier, conformément à l'article 623 du Code de procédure pénale peut être le ministre de la Justice ; le condamné ou, en cas d'incapacité, son représentant légal ; « *après la mort ou l'absence déclaré du condamné,* […] *son conjoint, ses enfants, ses parents, ses légataires universels ou à titre universel ou* […] *ceux qui en ont reçu de lui la mission expresse.* »[1773]

L'article 626 du Code de procédure pénale est, dans sa version actuelle, ainsi rédigé : « *Si le demandeur le requiert, l'arrêt ou le jugement de révision d'où résulte l'innocence du condamné est affiché dans la ville où a été prononcée la condamnation, dans la commune du lieu où le crime ou le délit a été commis, dans celle du domicile des demandeurs en révision, dans celles du lieu de naissance et du dernier domicile de la victime de l'erreur judiciaire, si*

[1772] *Collection complète des lois, décrets d'intérêt général, traités internationaux, arrêtés, circulaires, instructions etc*, Paris, Sirey, 1895, p. 226.

[1773] Pour une demande en révision formée par la sœur du condamné : Cass. crim., 25 novembre 1991, Bull. crim. 1991, n° 434.

elle est décédée ; dans les mêmes conditions, il est ordonné qu'il soit inséré au Journal officiel et publié par extraits dans cinq journaux au choix de la juridiction qui a prononcé la décision. - Les frais de la publicité ci-dessus prévue sont à la charge du Trésor ».

Ce texte est très proche de celui de la version initiale du Code de procédure pénale. L'affichage de la décision dans le lieu de naissance du demandeur, lorsque celui-ci est décédé, a juste été ajouté par la loi n°89-431 du 23 juin 1989. Il est à noter, cependant, que contrairement aux autres dispositions légales ayant recours au procédé de la publication judiciaire en matière pénale, le cas de la publication d'une décision de révision ne prévoit pas le recours aux services de communication au public par voie électronique.

Dans le Code d'instruction criminelle, le choix des journaux dans lesquels insérer la publication appartenait au demandeur. Le Code de procédure pénale indique *« il est ordonné qu'il soit* […] *publié par extraits dans cinq journaux au choix de la juridiction qui a prononcé la décision* ».

Les impressions sont payées par l'Etat à titre de frais de justice[1774]. Elles peuvent déroger à l'obligation d'un marché public et il « *peut être traité de gré à gré à chaque fois qu'une impression doit être faite* », à condition de produire un justificatif[1775].

Les décisions de non-lieu. Des dispositions de même nature sont prévues concernant les décisions de non-lieu ordonnées par un juge d'instruction ou une chambre de l'instruction.

L'article 177-1 du Code pénal dispose que le « *juge d'instruction peut ordonner, sur la demande de la personne concernée, ou avec l'accord de cette personne, d'office ou à la demande du ministère public, soit la publication intégrale ou partielle de sa décision de non-lieu, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celui-ci, dans un ou plusieurs journaux, écrits, périodiques ou services de communication au public par voie électronique, qu'il désigne* ». En cas de refus à une demande de la personne concernée, le juge d'instruction doit rendre une ordonnance motivée, « *susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction* ».

La circulaire générale précise que l'expression « *peut* » doit se lire comme une obligation : « *Si une personne bénéficiant d'un non-lieu fait une demande de publication de la décision, le juge d'instruction doit* [peut] *donner suite* »[1776].

[1774] Article R 210 du Code de procédure pénale.
[1775] Article R 212 du Code de procédure pénale.
[1776] Art. C. 177-1.

La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 ne prévoyait cette publication que sur la demande de la personne concernée. La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a donné au juge d'instruction la possibilité de décider d'office cette mesure, et a ouvert au ministère public le droit de la demander. Elle a aussi posé l'obligation de motiver le refus et la possibilité d'appel de cette décision. La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a élargi le choix des supports de diffusion en ajoutant à la liste légale les services « *de communication au public par voie électronique* », qui ont remplacé les « *services de communication audiovisuelle* » jusque là visés par le texte.
Les mêmes dispositions, avec les mêmes évolutions législatives, existent pour la décision de non-lieu rendue par la chambre de l'instruction. Elles figurent à l'article 212-1 du Code de procédure pénale. Comme pour le juge d'instruction, le refus de la demande de la personne concernée doit être motivé.

Limites de ces publications. La première limite est de forme : les journaux insèrent les publications judiciaires dans les pages d'annonces légales selon les formes d'usage, c'est-à-dire sans gros titre, sans illustration et sans appel à lire, ce qui est de nature à réduire leur publicité effective par rapport à un article rédactionnel traitant du même sujet.
La seconde est d'objet : si une publication judiciaire peut être ordonnée en cas de révision ou de non-lieu, il n'est est pas de même en cas de relaxe ou d'acquittement. Sans doute pourra-t-on objecter que ces décisions sont prononcées publiquement à l'audience. Cependant, la publicité à l'audience est d'une intensité bien moindre qu'une diffusion par l'écrit. Par ailleurs, les décisions de la chambre de l'instruction sont, elles aussi, susceptibles d'être rendues en audience publique, selon les prévisions de l'article 199 du Code de procédure pénale. Dès lors, aucune différence fondamentale de procédure ne paraît justifier la différence de traitement, d'autant que l'atteinte à la présomption d'innocence grandit à mesure que la procédure avance. Celle d'une personne renvoyée devant une juridiction de fond est donc davantage mise à mal que celle d'un prévenu bénéficiant d'un non-lieu très rapidement.
Ceci dit, la publication d'un communiqué à insérer peut prendre la forme d'un certificat d'innocence. Ainsi, citons par exemple celui qu'a fait insérer, le 19 août 2009, le juge d'instruction de Montbéliard dans les « *publications légales* » d'un journal local : « *Tribunal de Grande instance de Montbéliard. N° de Parquet : 99005814. N° de l'instruction : 100/00017.- L'information judiciaire ouverte pour assassinat à la suite de la découverte le 17 mars 2000 du corps d'Anissa Lahboub, disparue depuis le 8 août 1999, vient d'être clôturée par une ordonnance de non-lieu rendue le 14 août 2009. Dans le cadre de la procédure, Karim Djemat, Saïd Lahboub et Adil Lahboub, respectivement ami, père et frère de la victime,*

avaient été mis en examen et incarcérés. L'ordonnance de non-lieu précise, de manière expresse, qu'au terme de neuf ans d'enquête, il n'a été relevé aucun indice grave, aucun élément sérieux, aucune preuve tangible contre son père et son frère d'avoir une responsabilité dans la mort de la jeune fille ; il n'existe pas davantage de charges à l'encontre de Karim Djemat. – La publication du présent communiqué a été décidé par le magistrat instructeur à la demande de Saïd Lahboub et Adil Lahboub, conformément aux dispositions de l'article 177-1 du Code de procédure pénale »[1777].

B. La publicité au soutien de la présomption d'innocence

La fenêtre d'information de l'article 11 du Code de procédure pénale. Une personne acquittée ou relaxée peut demander la publication, aux frais de l'Etat, d'un communiqué rapportant le dispositif et les motifs d'une décision de non-lieu ou de révision. Des garanties sont apparues, ces dernières années, pour prévenir les atteintes excessives portées à la liberté du prévenu pendant la phase d'instruction. Il était normal que des garanties apparaissent également relativement à la réputation de ces personnes.

La loi du 15 juin 2000 a ajouté un alinéa à l'article 11 du Code de procédure pénale, qui dispose désormais *in fine* : « *afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office, et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause* ».

La loi permet donc à une personne mise en examen de faire intervenir publiquement le procureur de la République pour qu'il rectifie des informations inexactes circulant dans le public. Ce texte appelle plusieurs commentaires.

Une formulation « *pousse au crime* ». Raisonnons par l'absurde, c'est-à-dire imaginons un Parquet respectant strictement les termes du dernier alinéa de l'article 11. Au lieu de reconnaître un droit du public à l'information sur les affaires judiciaires en cours et le

[1777] *L'Alsace-Le Pays*, 19 août 2009.

fonctionnement de l'institution judiciaire, ce texte limite l'intervention du procureur aux seuls cas de propagation d'informations « *parcellaires ou inexactes* » ou l'existence « *d'un trouble à l'ordre public* ». Dans l'hypothèse d'un Parquet s'en tenant strictement à ces considérations légales, que se passerait-il ? Le Parquet ne communiquerait pas hors des cas prévus par la loi, et l'intérêt des médias serait alors que ces conditions soient réalisées afin que des informations sur des affaires en cours soient enfin dispensées par l'autorité judiciaire, c'est-à-dire faire en sorte que les articles publiés suscitent un « *trouble à l'ordre public* » suffisamment caractérisé pour que le procureur de la République veuille bien s'exprimer. Ce qui peut aussi se nommer un conflit entre la presse et l'autorité judiciaire, qui va générer un autre effet pervers pour la sérénité de la justice : l'exacerbation de la concurrence entre les médias puisque le silence du Parquet va être de nature à permettre la diffusion d'informations exclusives par un titre ou un autre, procurant à celui qui aura divulgué l'information un avantage commercial.

Le grand défaut de l'article 11 est d'être conçu dans une logique curative, alors qu'une bonne gestion de ce type de situation requiert plutôt des qualités de prévention de la part des magistrats du ministère public. La logique du texte est d'attendre que le mal soit fait pour tenter de l'atténuer. Il serait de meilleure politique de l'éviter.

La nature particulière du rapport Parquet-médias. En réalité, les rapports entre les parquets et les médias dépendent moins des dispositions de l'article 11 du Code de procédure pénale que d'une relation fondée sur des notions de coopération, de négociation et de conflit.

L'article 11 du Code de procédure pénale a été ajouté, par voie d'amendement, lors de la discussion parlementaire relative au nouveau Code de procédure pénale. Dans sa version originelle, cet article disposait, dans son second alinéa : « *Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 378 du code pénal* ». Or, le représentant du ministère public concourt à la procédure, et était donc tenu à se secret. Le principe d'une stricte application de la loi devrait donc nous conduire à constater qu'aucune information sur des affaires judiciaires en cours, divulguée par les Parquets, ne peut être trouvée dans les journaux français entre le 8 avril 1958 et le 16 juin 2000, date d'entrée en vigueur des dispositions du deuxième alinéa de l'article 11 du Code de procédure pénale autorisant les fenêtres d'information du procureur de la République. Or, précisément, il suffit de lire la presse quotidienne de ces dernières décennies pour s'apercevoir que ces dispositions n'ont jamais été respectées strictement puisque les citations de procureurs ou de substituts s'y exprimant sur des enquêtes ou des affaires à l'instruction y

est constante. Une circulaire en date du 27 novembre 1959 organisa la matière. Ce texte a parfois été présenté comme étant *contre legem*, notamment lors des débats préparatoire de la loi du 15 juin 2000[1778]. Nous ne souscrivons pas totalement à cette thèse. Cette circulaire est, en effet, rédigée de la manière suivante : « *Le procureur peut, s'il l'estime nécessaire, fournir à la presse, notamment, un communiqué écrit concernant les faits ayant motivé la poursuite. Il en réfère le cas échéant, au procureur général, mais il existe des procédés qui doivent être en tous cas écartés et des renseignements tenus absolument secrets. La pratique, parfois constatée jadis, de la conférence de presse au cours de l'enquête ou de l'information doit être rigoureusement proscrite* ». Cette circulaire ne fait pas que limiter la manière de communiquer, elle circonscrit également l'objet de la communication aux seuls « *faits ayant motivé la poursuite* ». Or, ces faits, qui peuvent être connus, ne sont pas nécessairement soumis au secret de l'enquête et de l'instruction tel que prévu par l'article 11 du Code de procédure pénale[1779]. L'article C 23 de l'Instruction générale pour l'application du Code de procédure pénale renforce cette interprétation, puisqu'il y est indiqué « *que la notion de secret à conserver en matière d'instruction pénale, suppose qu'il s'agisse de renseignements n'ayant reçu aucune publicité organisée ou fortuite. Le secret de l'article 11 ne saurait donc concerner les faits publics que les témoins ont pu voir ou relater et ces faits, dès lors qu'ils s'extériorisent, cessent d'être couverts par le secret. Il en est de même pour tous faits relatifs non à l'instruction proprement dite, mais à l'inculpé lui-même, son attitude, son passé, sa santé. En somme n'est couvert par l'obligation de secret que ce qui a été dit à l'instruction et qui était inconnu jusqu'alors* ».

Une critique plus fondamentale consiste à se demander quelle logique profonde a conduit le législateur à poser le principe de l'exclusivité de la communication sur des affaires en cours, y compris dans l'intérêt de la défense, à la seule accusation. La difficulté apparaît régulièrement à l'occasion, précisément, d'affaires sensibles où il est bien difficile de distinguer ce qui relève de la neutralité du procureur et de sa qualité d'accusateur. Ainsi, interrogé à ce propos à l'occasion d'une affaire en cours touchant un responsable politique, M. Claude Choquet, président de l'Association française des magistrats instructeurs répondait : « *le procureur est*

[1778] Assemblée nationale, séance du 10 février 2000, intervention de M. Devedjian.- Sénat, séance du 25 juin 1999, intervention de M. Dreyfus-Schmidt.

[1779] Dans le sens de la possibilité de communiquer sans porter atteinte au secret de l'instruction : AUVRET Patrick, *Le journaliste, le juge et l'innocent. Fable relative à la présomption d'innocence, au secret de l'instruction et aux droits de la personne*, *RSC*, 1996, p. 625 et s.

partie à l'information et il est tenu au secret. Pour l'heure, […] *le procureur n'a sans doute pas grande chose à dire, sinon à rappeler le principe de la présomption d'innocence* »[1780].

Une volonté de rééquilibrage. La pensée du législateur se trouve dans les débats tenus à l'Assemblée nationale le 10 février 2000[1781]. Il en ressort que les députés ont voulu rééquilibrer, au profit du procureur de la République, la faculté qu'ont les avocats de s'exprimer sur les affaires en cours fondée sur la rédaction du premier alinéa de l'article 11 qui pose le principe du secret de l'enquête et de l'instruction « *sans préjudice des droits de la défense* ». Or, dans l'esprit des députés réunis ce jour-là dans l'hémicyle, cette formulation a pour conséquence de délier l'avocat du secret de l'instruction. Ainsi, M. Colcombat répondant à une objection de M. Devedjian déclara-t-il : « « *Je rappelle que dans l'article 11 sont mentionnés les droits de la défense. L'avocat de la défense pourra toujours donner un certain nombre d'informations* ». Plusieurs députés mirent notamment en avant le fait que les avocats s'exprimaient à la télévision au sujet d'affaires judiciaires. Il n'était pas précisé, cependant, si ces apparitions télévisées concernaient des reportages sur la phase décisoire, c'est-à-dire une déclaration à la sortie de la salle d'audience où l'affaire était jugée publiquement, ou sur la phase d'instruction, pour laquelle le secret est ordonné. Rapporteur de la Commission des lois au Sénat, M. Charles Jolibois y avait défendu le principe des communiqués du Parquet en déclarant : « *Il est tout de même bon que le parquet puisse s'exprimer pour faire certaines mises au point, d'autant que les avocats de la défense utilisent souvent la possibilité qu'ils ont de s'exprimer* »[1782].

Ces appréciations, en retenant le fait que l'article 11 du Code de procédure pénale libérerait l'avocat de son secret au nom des « *droits de la défense* » posent le principe que l'avocat est concerné par l'article 11, c'est-à-dire qu'il « *concourt* » à la procédure au même titre que les magistrats, policiers ou greffiers. Cette thèse est très discutable et, de toute façon, la Cour de cassation juge que l'avocat ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale[1783]. La réponse à cette question est cependant sans effet sur la solution, puisque l'obligation de secret de l'avocat n'est pas fondé sur l'article 11 du Code de procédure pénale, mais sur l'article 226-13 du Code pénal.

[1780] CHOQUET Claude, « L'affaire de Toulouse et le secret de l'instruction », *Dalloz*, 2003, p. 1915.
[1781] Assemblée nationale, deuxième séance du 10 février 2000, compte-rendu intégral, pp. 1017 et 1018.
[1782] Sénat. Séance du 25 juin 1999.
[1783] Cass. crim., 18 septembre 2001, Bull. crim. 2001, n° 179.

L'Instruction générale[1784] pour l'application du Code de procédure pénale est d'ailleurs très claire sur ce point : « [l]*e respect des droits de la défense n'autorise pas le conseil, fût-ce avec le consentement de son client, à enfreindre la règle du secret de l'instruction : il a été clairement dit, au cours des travaux parlementaires, que l'avocat demeurait en tout cas tenu au respect des règles traditionnelles de sa profession. Les débats parlementaires de 1957 vont dans ce sens*[1785] ». Ce sont les « *règles traditionnelles* » de la profession d'avocat qui fondent son secret, pas l'article 11.

Cependant, suite à la modification de l'article 11 au profit du procureur, les normes déontologiques de la profession d'avocat ont évolué, par une sorte, là aussi, de rééquilibrage.

Le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat posait dans son article 160 : « *L'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. – Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier, pièces ou lettres intéressant une information en cours* ».

Ce texte, qui limitait l'exception au secret interne, a été abrogé par le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, qui l'étend au secret externe par son article 5 : « *L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, « sauf pour l'exercice des droits de la défense », des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours* ». Ce texte a abrogé le décret de 1991 par le décret n°2007-932 du 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat[1786]. Ce qui peut être reçu comme un rééquilibrage au profit de l'avocat et des droits de la défense, dès lors que la loi a autorisé le procureur à s'exprimer publiquement sur les affaires en cours d'enquête ou d'instruction. La prise de parole publique de l'avocat, lors d'affaires en cours, peut cependant être réprimée pénalement. Ainsi, la Cour de cassation a condamné une avocate ayant communiqué à une journaliste sa ligne de défense dans une affaire à l'instruction en jugeant que c'était « *sciemment qu'en méconnaissance des dispositions de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 l'avocat a révélé à un tiers le contenu d'un acte couvert par le secret de l'instruction* » et que les juges ont donc pu

[1784] Article C22.
[1785] J.O. du 20 juin 1957, pp. 2814 et 2815.
[1786] NOR : JUSCO0753236D.

caractériser « *en tous ses éléments le délit de violation du secret professionnel.* »[1787] Cette décision s'appuie sur le texte du décret de 1991, et non celui de 2005, plus souple.

Cette solution a été confirmée, dans une décision du 28 octobre 2008, donc postérieure à la promulgation du décret de 2005, elle a condamné une avocate qui, représentant une partie civile, avait communiqué à des journaux les résultats d'une expertise demandée par le juge d'instruction[1788]. L'avocate s'étant défendue en s'appuyant sur le texte du décret et en soutenant qu'elle avait pris publiquement la parole dans l'intérêt de la défense de ses clients, qui poursuivaient une société pharmaceutique en soutenant que l'inoculation de vaccins contre l'hépatite B leur avait causé des pathologies particulières.

Commentant cet arrêt, M. le Professeur Mayaud écrit : « *La prévenue expliqua que l'intention propre au délit de violation du secret de l'instruction disparaît lorsque l'avocat a communiqué des éléments du dossier en vue d'assurer la défense des intérêts de son client, « c'est-à-dire lorsqu'il existe un fait justificatif ». Mais les juges lui ont opposé une autre analyse, beaucoup plus juridique. Ils ont retenu que l'intention consiste dans la conscience qu'a l'auteur de la violation de révéler le secret dont ils ont la connaissance, quel que soit le mobile qui a pu le déterminer. Cette définition est parfaite. Elle rejoint ce qui caractérise fondamentalement l'intention, à savoir la volonté du résultat, laquelle est incompatible avec la prise en compte du moindre mobile.*»[1789]

Cette appréciation, qui tend à écarter l'idée même de fait justificatif, n'a pas été partagée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France pour violation de l'article 10 de la Convention au détriment de l'avocate en question[1790] : « *compte-tenu du statut spécifique des avocats qui les place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, la Cour estime qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre la nécessité de protéger le droit de la requérante au respect de sa liberté d'expression et celle de préserver le secret de l'instruction, les droits des personnes mises en cause, et de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Les motifs fournis par les juridictions nationales, et plus particulièrement la nécessité de garantir la non-divulgation d'informations confidentielles, pour justifier la condamnation de la requérante ne peuvent passer pour suffisants et ne correspondent dès lors pas à un besoin social impérieux* »[1791]

[1787] Cass. crim., 18 septembre 2001, Bull. crim. 2001, n° 179.
[1788] Cass. crim., 28 octobre 2008, Bull. crim. 2008, n° 215.
[1789] MAYAUD Yves, « Secret professionnel de l'avocat et droits de la défense », *RSC*, 2009, p. 97.
[1790] Cour EDH, 15 décembre 2011, *Mor c. France* [Cinquième section], req. n° 28198/09.
[1791] Même arrêt, § 63. Pour une solution inverse au nom de la nécessité de préserver la « *confiance du public dans la justice* » : Cour EDH, 20 mai 1998, *Schöpfer c. Suisse* [Chambre], req. n° 56/1997/840/1046, § 31. Les

La Cour de cassation a jugé sur le fondement de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 applicable au moment des faits en refusant d'appliquer la norme, plus douce, en vigueur au moment où l'affaire a été plaidée. L'arrêt précise, toutefois, qu'il n'a pas été « *démontré que les révélations en cause aient été nécessaires à l'exercice des droits de la défense de l'intéressée* »[1792].

Le plateau n'est donc pas équilibré entre le Parquet et l'avocat. L'un peut s'exprimer, publiquement et de façon libre sur les enquêtes et les instructions en cours grâce à l'article 11 du Code de procédure pénale, tandis que la liberté d'expression de l'autre est très relative puisque toujours susceptible de fonder une condamnation pénale.

La transformation du Parquet en source principale des informations diffusées. Evoquant la situation de procureur de la République en 1998, M. Jean-Louis Coste déclarait : « *Dès lors qu'une affaire judiciaire est sur la place publique, l'alternative pour les magistrats ne soulève pas de difficulté majeure, soit pour refuser toute communication d'information, soit pour accepter de répondre aux sollicitations.»* Il ajoutait *: « Dans le premier cas, le champ est laissé libre aux médias, avec des risques divers : risques de diffusion d'information mal maîtrisée, tronquée, voire erronée, risque d'interprétation inexacte, de suppositions tendancieuses, risques d'altération de la vérité. Les journalistes iront chercher leurs informations auprès des victimes ou des auteurs (présumés) ou de leur(s) avocat(s), sans aucune garantie d'objectivité* […] *La mise au point du procureur, si elle n'est pas non plus sans risque, aura en revanche le mérite de fixer les limites de ce qui peut être révélé, de préciser la nature exacte des faits, leur qualification, de faire le point de l'enquête et d'éviter les extrapolations.* » [1793]

Cette intervention est intéressante, car elle laisse transparaître le véritable enjeu de la fenêtre d'information organisée par l'article 11 du Code de procédure pénale : faire du procureur de la République la source principale des informations paraissant dans la presse sur les affaires en cours. En réalité, ce sera ce dialogue quotidien, généralement en fin d'après-midi ou en fin de matinée les samedis, entre le magistrat de permanence du Parquet et les journalistes qui détermineront de manière importante les informations paraissant sur les affaires en cours. Ce

---

arguments qui prévaudront dans l'arrêt Mor peuvent y être cependant observés dans les opinions dissidentes des juges De Meyer et Jambrek.

[1792] Pour un autre arrêt où la Cour de cassation a jugé que « *la violation du secret professionnel n'était pas, en l'espèce, rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense* » : Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim. 2000, n° 192.

[1793] COSTE Jean-Louis, « Les principes d'action du parquet face à la présomption d'innocence », in *Présomption d'innocence en droit comparé*, Centre français du droit comparé-société de législation comparée, 1998, pp 40-41.

rapport n'a rien à voir avec ce qui pourrait s'en comprendre à la lecture de la circulaire d'application du 4 décembre 2000[1794] qui précise que le procureur de la République peut agir à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties « *sans être toutefois tenu de répondre aux demandes de ces derniers, demandes qui n'ont d'ailleurs pas besoin d'être formalisées* ». Elle ajoute : « *Les modalités selon lesquelles le parquet pourra rendre publics certains éléments d'une enquête ou d'une instruction ne sont pas précisées par la loi et il appartiendra au procureur de la République de déterminer, selon la nature de l'affaire et les objectifs recherchés, les conditions d'application de cette disposition. D'une manière générale, la pratique des communiqués de presse devra toutefois être préférée à celle des conférences de presse, qui risquent parfois d'aboutir à la surmédiatisation d'une procédure incompatible avec les exigences d'objectivité et de sérénité qui doivent caractériser l'action de la justice. – Il est enfin souhaitable, comme c'est déjà souvent le cas en pratique qu'au sein d'un parquet le procureur de la République ou un magistrat désigné par lui soit plus spécialement chargé des relations avec la presse et de l'application du dernier alinéa de l'article 11 et que, par ailleurs, le recours aux conférences de presse ne se fasse qu'après information préalable et accord du procureur général. Dans la mesure où le recours à une conférence de presse au cours d'une procédure pénale concerne nécessairement une procédure médiatisée, même si cette médiatisation demeure largement circonscrite, il conviendra d'en informer la direction des affaires criminelles et des grâces* […] ».

En réalité, les magistrats du Parquet répondent généralement aux questions de plusieurs journalistes à une « *conférence de presse* ». Cette pratique est la règle, tandis que le communiqué est l'exception. Les journalistes, notamment ceux chargés des faits-divers dans les organes de presse, ont un contact quotidien avec le Parquet. La nature fondamentale qui détermine leur rapport, du point de vue des journalistes, est celle du rapport à la source. Or, plus qu'aucune disposition légale ou institutionnelle, c'est d'abord le rapport à la source qui influence le contenu des articles qui paraissent. C'est ce lien privilégié que l'article 11 du Code de procédure pénale défend, en posant une règle légale d'exclusion des autres acteurs du procès de cette relation. Il est, par exemple remarquable, dans l'affaire d'Outreau d'observer que tous les reportages ont dit la même chose (c'est-à-dire ont repris la thèse de l'accusation) en même temps dans la phase initiale de l'affaire. Le contradictoire éditorial n'est intervenu que plus tard, au prix d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel.

[1794] CRIM 00-13 F1, présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire : 4.2

Un procureur arbitre. L'article 11 du Code de procédure pénale dispose que la fenêtre d'information que constitue la communication du procureur de la République peut être demandée par les parties. Le procureur dispose. Cependant, il est également nécessaire d'observer que cette même possibilité est ouverte à la juridiction d'instruction. Il est donc possible d'imaginer[1795] de voir la demande de communiqué formée par la personne mise en examen être suivie par une demande de communiqué émanant du juge d'instruction. L'accusateur se retrouverait donc, dans ces conditions, en position d'arbitre relativement à une demande d'acte du juge chargé de l'affaire. Ce qui est original. Cette solution est donc largement insatisfaisante au regard du but poursuivi.

La publicité mise en œuvre par l'institution judiciaire peut, aussi, avec pour finalité l'information du public *per se*.

Chapitre 2
La publicité, élément essentiel de la justice pénale

Plan. Elément nécessaire à la confiance du public dans l'institution judiciaire, la publicité se trouve désormais, dans notre société de défiance, au cœur de la problématique de la légitimité de l'institution judiciaire (Section 1). Elle s'affirme, de manière plus large, comme une des pierres angulaires de l'édification de l'Etat de droit moderne (Section 2).

[1795] Et notre imagination est pauvre puisque nous pensons à des faits étant survenus.

Section 1. La publicité judiciaire, fondement de la légitimité de la justice

Plan. La publicité est le moyen de transparence de l'institution judiciaire permettant de fonder la confiance du public (§1). Cette confiance est, dans notre société moderne, le fondement de la légitimité de l'institution (§2).

§1. La publicité, fondement de la confiance du public dans l'institution judiciaire

La confiance du public améliore l'efficacité des autorités légales en général et de l'institution judiciaire en particulier (A). Cette confiance est étroitement liée à la publicité de l'action judiciaire et, élément déterminant, à la capacité de l'institution à donner le sentiment à la population d'écouter cette dernière, ce qui ne signifie pas forcément la suivre (B).

A. La confiance du public, fondement de l'efficacité sociale de la justice

Confiance du public. « [L]*a publicité de la procédure des organes judiciaires visés par l'article 6 § 1* […] *constitue* […] *l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et*

tribunaux »[1796] juge régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme. La question de la confiance du public dans l'institution judiciaire a pris, ces dernières années, une importance de plus en plus importante, au point de devenir, à elle seule, un objectif de politique publique[1797]. Sa problématique est constante dans les démocraties, quelle que soit la nature, accusatoire ou inquisitoire, des systèmes procéduraux. Il est remarquable de constater que les mêmes termes sont utilisés en même temps, dans des langues différentes, dans des pays différents, sous des régimes procéduraux différents. Ainsi, alors que le Conseil Supérieur de la Magistrature s'interroge, de ce côté-ci de l'Atlantique, au sujet de la « *crise de confiance* »[1798] du public dans la justice, M. Obama, à peine élu le 4 novembre 2008, a rapidement indiqué son intention de dépolitiser le poste d'Attorney général des Etats-Unis[1799], considérant que cette politisation et la prééminence prise dans l'administration précédente par les fonctions de conseil du Président au détriment des autres avait suscité une défiance parmi la population américaine vis-à-vis de l'autorité judiciaire[1800]. D'importantes réflexions à ce sujet ont également été engagées par les gouvernements belges, américains, britanniques[1801] et canadiens[1802].

Pendant longtemps, la question de la confiance, dans le juge ou les juridictions, ne s'est pas posée. En 1780, Muyart de Vouglans pouvait encore pourfendre Beccaria et Rousseau en soutenant que le droit pénal se résumait à un devoir d'obéissance et que les préceptes religieux étaient bien suffisants pour borner un despotisme éclairé[1803]. Pour le criminaliste du

---

[1796] Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France* [GC], Req. n°58675/00, § 39. - Cour EDH, 12 juillet 2001, *Malhous c. République tchèque* [GC], Req. n° 33071/96, § 55.- Cour EDH, 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne* [Cour plénière], Req. n° 8273/78, § 25.

[1797] Conseil Supérieur de la Magistrature, *Rapport annuel 2007*, p. 87 et s.

[1798] *Ibid*., p. 89

[1799] *United States Attorney General*, c'est-à-dire procureur général des Etats-Unis, fonction qui consiste à diriger le ministère public devant les juridictions fédérales, diriger le département de la justice, administrer les prisons et faire partie du Cabinet du Président des Etats-Unis. Ce poste est occupé depuis le 3 février 2009 par M. Eric Holder.

[1800] *Obama seeks to boost confidence at Justice*, UPI, 13 novembre 2008. - JONHSON Carrie, *Obama Team Faces Major Task in Justice Dept Overhaul, Washington Post*, 13 novembre 2008.- Pour le rappel à l'impartialité qui doit être celle de l'Attorney General dans l'administration du département de la Justice et les actions du ministère public : Cour suprême des Etats-Unis, *Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 98 (1935) : Chief Justice Robert Jackson : « *The* [*Federal prosecutor*] *is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is a compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done* » .

[1801] *Home Office, Improving Public Satisfaction and Confidence in the Criminal Justice System*, Londres, Home Office, 2003.

[1802] ROBERTS Julian, *La confiance du public dans la justice pénale : bilan des dernières tendances, Rapport à l'intention de Sécurité publique et Protection civile Canada*, Ottawa, Sécurité publique Canada, Novembre 2004.

[1803] MUYART DE VOUGLANS, *Discours préliminaires*, in *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel, suivi de : Réfutation du Traité des délits et des peines, Mémoire sur les peines infamantes et Motifs de ma foi en Jésus-Christ ; ou points fondamentaux de la Religion chrétienne , discutés suivant les principes de l'ordre judiciaire*, Paris, 1780, p. xxvii.

crépuscule de l'Ancien régime, la Providence, qui avait établi l'autorité sur terre, associée à la terreur des supplices suffisaient à prévenir le désordre, maintenir la hiérarchie sociale et sauvegarder l'ordre divin.

« [L]*a confiance dans l'intégrité des tribunaux et dans l'intégrité des magistrats qui les composent est une des bases les plus solides de la félicité publique, de la paix des familles et de la liberté des citoyens* » déclarait, quelques années plus tard, le député Perin au Corps législatif au moment d'élaborer le Code de procédure civile[1804]. Les convictions étaient moins nettes au sujet du Code d'instruction criminelle. En 1808, la confiance dans le juge pénal était encore la conséquence d'une volonté politique : elle était décrétée par le Code d'instruction criminelle[1805], et découlait d'une conception autoritaire de la légitimité, comme l'était le régime l'ayant décidée. Ce modèle est devenu aujourd'hui inopérant puisque la légitimité, dans notre société de défiance, doit désormais se conquérir[1806], par le suffrage ou/et par l'adhésion. Il s'agit de passer d'une doctrine du dogme à une doctrine de la justification.

La confiance se mérite. Le juge doit donc mériter la confiance qu'on lui accorde : « *L'honneur d'un juge consiste à se mettre au dessus des soupçons en les empêchant de naître, et à donner au public entier la garde de sa vertu et de sa conscience* »[1807] écrivait Bentham, qui soutenait : « *Si la publicité est nécessaire pour assurer la probité du juge, elle ne l'est pas moins pour fonder la confiance du public. Supposons, contre toute vraisemblance, qu'une justice secrète fût toujours bien administrée, qu'y gagnerait-on ? A peu près rien. L'intégrité serait dans le cœur des juges, l'injustice serait peinte sur leur front. Comment le public pourrait-il accorder le titre de justes à des hommes qu'il voit suivre un mode de conduite où l'injustice seule peut gagner, où la probité ne peut que perdre ? Le principal usage de la justice réelle est de produire la justice apparente : or, dans la supposition, il n'y aurait que la réelle, dont l'utilité est bornée; il n'y aurait pas l'apparente, dont l'utilité est universelle. La racine serait dans la terre et le fruit n'en sortirait pas.* […] *Plus les tribunaux ont été secrets, plus ils ont été odieux. La cour vehmique, l'inquisition, le conseil des dix ont flétri les gouvernements qui les avaient adoptés. On leur a imputé cent fois plus de crimes peut-être qu'ils n'en ont commis; mais les partisans du secret sont les seuls qui n'aient jamais droit de*

[1804] Rapport fait par le député Perin au Corps législatif le 14 avril 1806, in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 9, Bruxelles, Tarlier, 1837, p. 276.
[1805] KUTY Franklin, *op. cit.*, p. 32 : « [I]*l pouvait s'en déduire que la justice n'avait pour seule légitimité que la volonté du pouvoir qu'il en soit ainsi.* »
[1806] MARTENS Paul, *Conclusion*, in *Le devoir de réserve : l'expression censurée ? Actes de la table ronde organisée par l'Institut d'Etudes sur la justice le 17 octobre 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 169.
[1807] BENTHAM Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823, p. 155.

se plaindre de la calomnie. »[1808] Eyraud soutenait la même idée : « *C'est principalement par la terreur qu'il inspire que le secret est une peine inique et d'un déplorable usage. La cour vehmique, instituée par Charlemagne, était en elle même une moins grande atrocité que cette boucherie sanglante des Saxons, que l'histoire lui reproche : mais l'abus terrible du châtiment que pouvaient faire des juges ambitieux et vindicatifs frappait tous les esprits.* »[1809] Et c'est l'expérience que les magistrats du tribunal de Lyon invoquaient pour soutenir que « *la sûreté des citoyens exige que le juge soit jugé par l'opinion publique; que la crainte de voir dévoiler son injustice le retienne sous l'empire de la loi, s'il était capable de s'en écarter. Le secret des jugements mène à l'arbitraire et l'arbitraire ôte en confiance au juge tout ce qui lui donne en autorité; il inspire la crainte et perd l'estime et le respect* […] *Cet objet intéresse essentiellement le Gouvernement* […] *si la justice est mal administrée, le citoyen mécontent l'en accuse*»[1810].

Les effets bénéfiques de la confiance publique. La confiance du public est aussi un gage d'efficacité de l'action judiciaire : la confiance, en effet, suscite les témoignages, permet les plaintes et amène la population à soutenir les enquêtes. Par ailleurs, la confiance dans le système judiciaire, est nécessaire pour infliger des peines importantes, notamment en présence d'une société non homogène où la suspicion de discrimination est latente - et même aujourd'hui clairement exprimée- envers telle ou telle minorité. L'intervention de la justice, dans certaines zones ou envers certaines populations, est susceptible de susciter des réactions violentes, qui peuvent elles-mêmes entraîner à nouveau une réponse judiciaire ferme. Celle-ci ne peut s'appliquer, sans risque de troubles sociaux, qu'en présence d'une institution judiciaire légitime, jouissant de la confiance du public.

Confiance du public et comportement de « *l'autorité légale* ». Dans une première étude menée à Chicago à la fin des années 70, M. le Professeur Tyler a isolé le fait que la confiance tissée au quotidien dans des quartiers dits « *sensibles* »[1811] avec les services de police et l'institution judiciaire, regroupées sous le concept « *d'autorité légale* », n'était pas fortement liée à la nature des jugements rendus, au délai de la procédure et à leur coût, mais plutôt, élément d'une grande sensibilité, à la manière dont juges et policiers se comportaient dans

[1808] *Ibid*., pp. 152-153.
[1809] EYRAUD, *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, t. 2, Paris, Fanjat, 1825, pp. 31-32.
[1810] Tribunal de Lyon, *Observations du tribunal de Lyon*, in Recueil *complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 4, Paris, Fenet, 1827, pp. 65-66.
[1811] Où vivaient des minorités se sentant victimes de discriminations.

leurs relations avec les personnes, les écoutant, prenant en compte leurs problèmes, les traitant avec impartialité, respectant leur dignité – notamment en ne les discriminant pas à partir de critères sociaux, religieux ou raciaux – , et leurs droits fondamentaux[1812]. L'auteur est arrivé à la conclusion que la manière donc ces personnes estimaient que les membres de leur communauté[1813] étaient traités d'une manière générale[1814] par les services de police et les tribunaux[1815] était largement déterminante pour leur niveau de confiance dans les autorités légales. La confiance était donc corrélée à l'image que donnent les autorités de la manière dont ils traitent le public. L'étude montrait aussi une corrélation importante entre la confiance accordée aux services judiciaires et l'obéissance à la loi, perçue comme davantage légitime[1816] dans un contexte confiant vis-à-vis des autorités. Se dégageait, de plus, un lien net entre le niveau de confiance du public et l'assistance aux autorités officielles à l'occasion d'enquêtes judiciaires[1817]. L'étude soulignait que ce constat n'était pas une affaire de minorités, et pouvait s'étendre, sans grande différence de résultats statistiques, à l'ensemble de la population, y compris parmi des groupes majoritaires homogènes. Par ailleurs, une enquête menée au Canada en 2003 montra une association entre la confiance dans la justice et les autres institutions publiques des personnes interrogées et leur sentiment d'appartenance nationale au Canada[1818].

Le sentiment d'injustice et la « *légitimité* » de la violence. La thèse de psychologie sociale soutenue en 2002 à Besançon par M. Nasrédine Goutas[1819], valide particulièrement, par la combinaison de quatre expériences, une idée déjà relevée à l'étranger[1820] : le degré de confiance dans la justice est corrélé avec le passage ou non à l'acte violent. L'absence de

---

[1812] TYLER Tom, *Trust in the law : encouraging public cooperation with the police and courts*, New York, Russel Sage Foundation, 2002, pp. 177-179.
[1813] L'étude est américaine, donc a recours au concept communautaire.
[1814] Point important : les questions portaient sur des considérations générales et non sur le renvoi à une expérience personnelle. *Ibid.*, p. 179.
[1815] *Ibid.*, pp. 179-180.
[1816] Avec, ici encore, une influence beaucoup plus importante, plus de huit contre un, de la prise en compte du traitement du justiciables par rapport à la compétence.
[1817] Même constat, avec un rapport de plus de trois contre un.
[1818] ROBERTS Julian, *op. cit.*, p. 5. Avec cette réserve posée par M. le Professeur Roberts : « [I]*l s'agit d'un résultat corrélatif qui montre une association entre des variables sans prouver pour autant que si une variable change, l'autre change aussi nécessairement. Il est possible également qu'un fort sentiment d'appartenance pour le Canada conduise à une grande confiance dans ses institutions* », p. 28.
[1819] GOUTAS Nasrédine, *Le sentiment d'injustice subie : un nouveau regard sur l'agression*, Thèse, Université de Franche-Comté, Besançon, 2002, 253 p.
[1820] Le concept de sentiment d'injustice subie a été énoncé dès 1935 en psychiatrie : DE GREEF Etienne, *Le sentiment d'injustice subie*, Annales Médico-Psychologiques, n°1, 1935, pp. 361-384. Son impact sur les comportements sociaux est étudié depuis les années 1980, notamment pour ses effets en matière de sciences criminelles : DEUTSCH Morton, *Current social perspectives on Justice*, European Journal of Social Psychology, n° 13, 1983, pp. 305-319.

confiance dans la justice conduit à donner une plus grande légitimité à la violence personnelle, et donc à y recourir plus facilement pour régler un conflit[1821]. Observée chez des enfants et des adolescents, elle est déterminée par l'existence d'un sentiment d'injustice subie (SIS), qui génère, outre le recours à la violence, des conséquences observables en matière de dépression, d'usage de drogue et de somatisation : « *Le SIS est défini à la fois par l'arbitraire de l'acte subi, les conséquences négatives sur l'intérêt personnel de l'individu, le caractère non-mérité de l'événement subi, et la disproportion entre ce qui est réalisé et ce qui est reçu. Il s'articule autour de trois perspectives théoriques. La première relève de la justice distributive, issue de la théorie de l'équité*[1822]. […] *Elle se réfère à la notion de proportionnalité et à celle de comparaison sociale. L'accent est mis sur les conséquences de la décision. La seconde perspective s'adresse à la justice procédurale*[1823]. […] *Celle-ci se donne les moyens de mieux comprendre les mécanismes de la prise de décision juste ou injuste à l'encontre de quelqu'un. Par exemple, les individus perçoivent une procédure comme juste si elle leur confère un contrôle sur les processus de décision lorsque leur intérêt personnel est en jeu. La troisième concerne la justice/injustice interactionnelle comprenant deux dimensions : la justice/injustice interpersonnelle et informationnelle* [1824] […]. *La justice/injustice interactionnelle concerne les attitudes et les relations à adopter envers les représentants de l'autorité et les décideurs*[1825]*[…] Les individus accordent plus d'attention à la façon dont ils sont traités lors d'une interaction. L'injustice interpersonnelle s'observe, par exemple, lorsque des employés sont traités irrespectueusement. On constate l'injustice informationnelle lorsque des individus sont privés de l'information dont ils sont en droit de disposer* […] *Dans*

[1821] Pour des conclusions en ce sens à partir de deux études menées en France sur 92 adolescents scolarisés en troisième (âge moyen de 14 ans) et sur 125 enfants scolarisés en CM2 (âge moyen de 10 ans). Chacun des deux groupes étaient composés de sujets venus de zones rurales, citadines et de quartiers dits « *sensibles* ». GOUTAS Nasrédine et Azeddine, « Sentiment d'Injustice subie et ségrégation : des déterminants pour comprendre l'agression chez l'enfant et l'adolescent », *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, Genève, Suisse, n° 4, 2008, pp. 387-402.

[1822] ADAMS J.-S. , *Inequity in social exchange*, in BERKOWITZ L. (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 2, New York, Academic Press, 1965, pp. 267-299.

[1823] LEVENTHAL G.S., *What should be done with with equity theory ? New approaches to the study of fairness in social relationships*, in GERGEN K., GREENBERG M. et WILLIS R. (Ed.), *Social Exchange : Advances in Theory and Research*, New York, Plenum Press, 1980, pp. 27-55.

[1824] BIESS R.J. et MOAG J.S., *Interactional justice : communication criteria of fairness*, in LEWICKI R.J., SHEPPARD B.H. et BAZERMAN M. H. (Ed.), *Research on Negotiation in Organizations*, vol. 1, Greenwich, JAI Press, 1986, pp. 43-55.

[1825] CONNER D.S., *Socially appraising Justice : a cross-cultural perspective*, Social Justice Research, n° 16, 2003, pp. 29-39.

le droit fil des travaux de Lupfer, Weeks, Doan et Houston[1826]*, on admettra donc que le sentiment de justice/injustice est perçu à travers le prisme de ces trois perspectives. »*[1827]

L'apport de la publicité. Evidemment, ces théories sociologiques entrent en écho avec la pertinence de la publicité en matière de procédure pénale. Par exemple, lorsqu'une affaire est jugée, le public d'une audience d'un tribunal correctionnel ou de police est principalement composé de personnes elles-mêmes poursuivies ou parties civiles dans d'autres affaires. Leur présence dans le public leur permet de comparer la manière dont elles sont traitées, voire la peine qu'ils reçoivent, avec la manière dont sont traités les autres. C'est la « *comparaison sociale* », fondant l'idée de justice distributive, évoquée un peu plus haut, qui peut aussi se réaliser à travers des comptes-rendus judiciaire dans la presse[1828]. L'acceptation de la décision judiciaire est également liée au sentiment de justice ou d'injustice ressenti face à elle : la participation active à la procédure, avec le plein respect du principe du contradictoire ; l'existence de règles de droit impersonnelles, générales et clairement déterminées avant le jugement des faits ; le sentiment d'impartialité dégagé par le tribunal ; les explications données aux personnes impliquées sur le mode de fonctionnement et de raisonnement des juridictions, le tout contrôlé par l'usage de la publicité de l'activité judiciaire, sont autant d'éléments soutenant le sentiment de justice procédurale – chez les personnes en cause mais aussi et surtout dans l'ensemble du public – dégagé par les travaux des psychologues sociaux. Enfin, le troisième point recoupe les travaux de Tyler : le sentiment de justice ou d'injustice se fonde pour beaucoup dans la manière dont les autorités publiques se comportent, et dont elles abordent leurs relations avec les individus.

La publicité pacificatrice. La publicité judiciaire, en montrant que justice est rendue, permet d'envisager la justice comme un mode de règlement des conflits, et donc d'écarter le recours personnel à la violence, ce qui a pour effet de faire baisser l'intensité de la violence au sein de la société. Dans ce contexte, soutenir que la publicité ne sert à rien revient à dire que la justice est inutile. La publicité n'est que le moyen qui permet à la justice d'atteindre sa finalité sociale. Elle peut aussi servir de catharsis, c'est-à-dire la purification de l'âme du spectateur

---

[1826] LUPFER M. B., WEEKS K.P., DOAN K.A., HOUSTON D.A., *Folk conceptions of fairness and unfairness, European Journal of Social Psychology*, n° 30, 2000, pp. 405-428.
[1827] GOUTAS Nasrédine et Azzedine, *op. cit*. p. 390.
[1828] Souvent des personnes qui ne s'intéressaient pas particulièrement à la chronique judiciaire, en deviennent des lecteurs assidus après avoir eu l'expérience de la justice pénale, comme prévenu, partie civile ou même juré. Un des ressorts essentiels de leur curiosité est la comparaison entre ce qu'ils ont vécu, ou la manière dont ils ont été traités, et ce qui est rapporté.

par le spectacle du châtiment du coupable, pour Aristote, ou un moyen thérapeutique permettant de se libérer de ses traumatismes affectifs pour Freud. Pour la collectivité, dont l'équilibre a été affecté par le crime, le procès et la décision judiciaire permettent de rétablir la paix : « *le rituel judiciaire est* […] *autant une répression de la pulsion cruelle que sa réalisation partielle. La catharsis du procès, c'est-à-dire la purification de la pulsion par le spectacle, est à cette condition. Elle est d'autant plus puissante que l'action qui se déroule est réelle.* […] *Le procès est une domestication de la violence par le rite. Il annule la violence sauvage par un spectacle cathartique rendu possible grâce à l'effet de dissimulation du rituel. Ce spectacle de la violence médiatisée par la parole est indissolublement lié au spectacle de la résorption de la violence »*[1829]. *« La fonction de la justice, en profondeur, c'est de rétablir la paix après qu'on aura, dans l'instance, purgé les passions. Comme au théâtre joue la catharsis. Elle a pour objet de rétablir la paix sociale, et celle-ci ne se rétablit que parce qu'on a rejoué la scène. C'est cette idée-là qui est aussi fondamentale dans le théâtre que dans la justice »*[1830].

L'éducation du public. La publicité permet de faire connaître l'institution judiciaire au public. Elle permet aussi l'éducation morale et juridique du public : « *dès que le temple de la justice est ouvert à tout le monde, il devient une école nationale où les leçons les plus importantes sont enseignées avec un degré de force et d'autorité qu'elles n'ont point ailleurs. Ici, la morale est toute fondée sur la loi* […] *Vouloir instruire le peuple par des sermons, c'est présumer beaucoup trop de talent aux prédicateurs, ou de la capacité des auditeurs ; mais dans une scène juridique, l'instruction est aussi facile qu'intéressante : ce qu'on apprend, on ne l'oublie point. Le précepte de la loi reste gravé dans l'esprit, à l'aide de l'évènement auquel il s'associe* »[1831] écrivait Bentham. Une bonne partie des membres du public peut aussi être appelés à participer en tant que juré à l'œuvre de justice et devra, de toutes façons, se prononcer en tant que citoyen sur les affaires publiques, qui concernent en partie l'administration de la justice.

[1829] GARAPON Antoine, *Bien juger*..., op. cit., pp. 220 et 277.
[1830] SOULIER Gérard, *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 29. Cité in FLUCKIGER Alexandre, « L'acteur et le droit : du comédien au stratège », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXIX, n° 121, 2001, p. 43.- Pour un développement de l'idée de la catharsis judiciaire fondement de la pacification de la société, et donc de la nécessité d'une publicité judiciaire pacificatrice : Cour suprême des Etats-Unis, *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).
[1831] BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires*, 3e éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1840, p. 279.

B. Une relation étroite entre publicité et confiance

L'importance de la connaissance relative à l'institution judiciaire. Plusieurs études font également une liaison entre la confiance du public envers la justice et son degré de connaissance du système de justice pénale. Il a ainsi été nettement démontré que l'opinion sur la peine méritée est d'autant plus répressive que le public ne dispose que de peu d'informations. Elle est très élevée lorsqu'il ne dispose que du seul dispositif. Elle s'atténue lorsqu'il a davantage d'éléments sur les faits, la victime et l'auteur, sur la méthode de détermination de la peine et sur les motivations de la juridiction. La confiance exprimée suit cette progression : peu informées, les personnes soumises aux études déclarent désapprouver la décision judiciaire, trop laxiste, et font état d'une confiance affaiblie dans l'institution. Disposant de plus d'éléments d'information, elles adhérent davantage au jugement rendu ; la confiance dans l'institution judiciaire augmentant d'autant[1832]. La qualité de l'information dispensée au public en matière de procès pénal, particulièrement en dehors de la salle d'audience, est donc déterminante pour fonder son opinion et son niveau de confiance dans la justice.

Davantage de confiance dans la police que dans les tribunaux. Une étude anglaise menée en 2003 a montré que le public accorde plus de confiance aux autorités de niveau local que national[1833], selon le principe que le public fait davantage crédit aux personnes qu'il connaît et qui lui sont proches. Cette constatation n'est sans doute pas indifférente à l'excellent score que recueillent les services de police comparativement à ceux de la justice dans tous les pays occidentaux. Au Canada, en 2003, 83 % des sondés font une « *très grande confiance ou une grande confiance* » à la police contre 57 % au système de justice[1834]. Aux Etats-Unis, toujours en 2003, ces chiffres étaient respectivement de 61 et de 29 %[1835].

[1832] ROBERTS Julian, HOUGH Mike, *Understanding public attitudes to criminal justice*, Mc Graw Hills International, 2005, p. 154.
[1833] Le phénomène est connu en politique en France, avec le statut très particulier du maire dans l'esprit des électeurs, comparativement aux autres détenteurs d'un mandat électif. - Pour l'étude anglaise : PAGE Ben, WAKE Rhonda et AMES Ashley, *Public Confidence in the criminal justice system*, Great Britain, Research Findings, n° 221, London, Home Office, Research, Research and Statistics Directorate, 2004. 6 p.
[1834] ROBERTS, *La confiance du public*…, op. cit., p. 10.
[1835] *Ibid*., p. 11.

Une grande disparité selon les pays. Une étude internationale concernant la confiance dans le système de justice dans différents pays d'Europe et au Canada[1836] montre de très importantes disparités entre les pays. La plus grande confiance dans le système de justice concerne le Danemark (79 % de confiance, 21 % de défiance). Le plus mauvais résultat est affiché par l'Italie (32 % de confiance, 68 % de défiance). La France se situe dans le dernier tiers, avec 46 % des sondés se déclarant confiants, contre 54 % de méfiants.

Une confiance sélective, selon le degré de publicité. Des études au Royaume-Uni et au Canada, dont on ne trouve pas l'équivalent en France, apportent également une information très intéressante : il existe une forte disparité dans la confiance du public, selon les secteurs de l'activité judiciaire. Ainsi, selon une enquête menée en 1997 dans tout le Canada[1837], la confiance dans la police locale est de 86 %, contre 83 % à la Gendarmerie Royale du Canada (GRC), 52 % pour les tribunaux, 42 % pour le système carcéral, 27 % pour le système de libération conditionnelle, 26 % pour le système de justice pour les jeunes.

Nous ne pouvons nous empêchons de noter que les trois institutions fonctionnant sans publicité sont celles qui inspirent le moins de confiance au public. Cette impression est confirmée par les répondes faites par les personnes interrogées au sujet de leurs choix. Concernant la police, si c'est son accessibilité qui est d'abord louée (66 %) avant le fait qu'elle « *assure la sécurité des citoyens* » (62 %), la troisième cause de satisfaction lui assurant un si bon résultat est qu'elle fournit de l'information au public (54 %)[1838]. Les bonnes opinions au sujet de la justice sont fondées sur le fait qu'elle assure un procès équitable (41 %), détermine la culpabilité ou l'innocence (21 %) et aide les victimes de la criminalité (15 %).

Des sondés anglais à qui il était demandé leur confiance dans la qualité des réalisations de différents services les avaient jugés « *bonnes ou excellentes* » à 48 % pour la police, à 25 % pour les juges et les prisons, à 24 % pour le service de probation, à 23 % pour le ministère public et à 14 % pour les tribunaux pour adolescents[1839].

Si la cote de confiance des juges et procureurs est moins importante que celle des médecins, pompiers ou militaires, c'est sans doute que ces dernières professions ont des rôles clairs, bien compris du public et qui tendent à protéger la population. Ce qui n'est pas le cas des

---

[1836] *Ibid*., p. 12.- *Sourcebook of European Values Study*, 2001 et *Statistics Canada*, 2003.
[1837] *Ibid*., p. 13.- *Angus Reid*, 1997.
[1838] *Ibid*., p. 15-16.- *Tufts*, 2000. Il est à noter que dans la partie de la population qui trouve l'activité de la police médiocre, la plus grande qualité qui lui est reconnu est de fournir de l'information au public (9 %).
[1839] *Ibid*., p 16.- *Nicholas et Walter*, 2004.

magistrats, dont la tâche est plus compliquée et pas toujours comprise, notamment en ce qui concerne l'application des garanties procédurales. Et bien sûr, relève M. le Professeur Roberts : « *Les agents de police sont les professionnels de la justice pénale les plus visibles. Le public les voit quotidiennement à l'œuvre, remplissant habituellement un rôle utile et salutaire à leurs concitoyens, par exemple, en réglant la circulation ou en prenant les dispositions nécessaires à un accident. Les juges remplissent les devoirs de leurs charges dans des salles d'audience où généralement peu de représentants du public sont présents* »[1840]. Nous ajouterons que l'action policière est omniprésente à la télévision, notamment à travers des séries américaines mettant en scène, de manière désormais quotidienne, le travail policier. M. Roberts insiste aussi sur le rapport entre la connaissance et la confiance : « *La plupart des Canadiens ont plusieurs idées fausses à propos du problème que pose la criminalité et de la nature des réactions de la justice pénale*. »[1841]

Ces études ont parfois amené les autorités à modifier leurs pratiques. Ainsi, la police anglaise diffuse-t-elle sur son site Internet (www.police.uk), les données mises à jour de l'état de la criminalité, envisagée à travers le prisme des infractions constatées. Il suffit d'entrer un code postal ou un nom de ville pour accéder à une carte détaillant le nombre d'infractions, et leur type, secteur par secteur. Le site donne également des indications sur la politique criminelle suivie et les actions de police engagées. Il présente aussi la liste des policiers de Scotland Yard responsable de chaque quartier, avec leur nom, leur photographie, leur numéro de téléphone professionnel et leur adresse mail professionnelle. Le site officiel de la police fait également la liaison, grâce à un lien hypertexte, avec des associations de quartier transmettant à la police les renseignements communiqués par les habitants. Le site de la police présente également des conseils de prévention, le détail des procédures de police en explicitant les obligations des policiers vis-à-vis du public, avec en contrepartie de nombreuses entrées permettant de mettre en œuvre une aide du public, notamment par la transmission de renseignements, aux enquêtes en cours voire au sujet d'infractions ne faisant pas encore l'objet d'enquête[1842].

[1840] *Ibid*., p. 21.

[1841] *Ibid*., p. 22. Ils croient ainsi que le taux de criminalité grimpe inexorablement, surestiment le taux de récidive, pensent que le système de justice pénale penche en faveur des personnes poursuivies, sous-estiment la sévérité des peines prononcées, pensent que les juges canadiens sont plus indulgents que ceux des autres pays, surestiment le nombre de personnes bénéficiant d'une libération conditionnelle et surestiment le taux de récidive des personnes en liberté conditionnelle. Leur perte de confiance dans la justice provient principalement de la méconnaissance de la manière dont une peine est déterminée, et de leur sentiment que les peines prononcées sont beaucoup trop courtes.

[1842] Voir, par exemple, le site *crimestoppers*, relié par un lien hypertexte au site de la police anglaise : http://www.crimestoppers-uk.org/ ; ou le site consacré, selon les mêmes modalités, à la prévention des abus sexuels sur des mineurs : http://www.ceop.police.uk/; aux violences domestiques :

Confiance et autorité judiciaire en France. Dans son rapport d'activités relatif à l'année 2007, publié en octobre 2008[1843], le Conseil Supérieur de la Magistrature manifeste son inquiétude vis-à-vis de la perte de confiance relative du public dans l'institution judiciaire par rapport aux autres institutions publiques. Selon un sondage réalisé pour le CSM[1844], la justice se classe au sixième rang, sur huit, parmi les institutions pour lesquelles les sondés étaient invités à exprimer leur niveau de confiance[1845].

Parmi les qualités reconnues en premier à la justice figurent d'abord : son accessibilité indépendamment des moyens financiers (23%), la compétence des magistrats (22 %) et l'indépendance de la justice (16%)[1846]. Les éléments avancés en premier pour motiver une défiance dans l'institution judiciaire étaient : une justice qui n'est pas la même pour tous (30 %), trop lente (20 %), inéquitable et injuste (18 %)[1847]. Au sujet de son fonctionnement 59 % estiment satisfaisant le déroulement du procès et 52 % la clarté des décisions de justice. En revanche, 53 % ne sont pas satisfaits de l'exécution des décisions de justice, 65 % disent ne pas comprendre le fonctionnement de la Justice ; la même proportion se plaint du coût des procédures tandis que 85 % ne sont pas satisfaits en raison de la longueur excessive de ces mêmes procédures[1848].

Un élément extrêmement intéressant apparaît au sujet de l'image respective dans l'opinion du juge et du procureur[1849] : pour le grand public un procureur est plus respectueux de la loi[1850], plus compétent[1851], plus respectueux du secret professionnel[1852], plus intègre et plus honnête[1853], mieux formé[1854], davantage irréprochable d'un point de vue moral[1855], plus

---

http://www.nationaldomesticviolencehelpline.org.uk/; à la cybercriminalité : http://www.actionfraud.police.uk/ etc.

[1843] Conseil Supérieur de la Magistrature, *Rapport annuel 2007*, La Documentation française, octobre 2008, 232 p. Spécialement : *Les Français et leur justice : restaurer la confiance*, pp. 83-185.

[1844] Sur un échantillon de 1008 personnes du 23 au 27 mai 2008. Enquête réalisée par l'IFOP : *Ibid*., p. 163.

[1845] Total des opinions faisant « *tout à fait ou plutôt confiance* » : 89 % pour les hôpitaux, 82 % pour l'école, 81 % pour l'armée, 76 % pour la police, 73 % pour la fonction publique, 63 % pour la justice, 44 % pour les élus, 31 % pour les médias : *Ibid*., p. 150.

[1846] Venaient ensuite : une justice étant la même pour tous (15 %), une justice adaptée aux évolutions de la société (10 %), équitable et juste (9 %), efficace (5%) : *Ibid*., p. 151.

[1847] Venaient ensuite : une justice pas adaptée aux besoins de la société (11 %), qui se trompe souvent (6%), trop compliquée (5%), qui coûte cher (5%), pas indépendante (4%).

[1848] *Ibid*., p. 153.

[1849] Rappelons que ce sondage a été réalisé en 2008, dans avant la polémique publique, massivement relayée par les médias pendant l'été 2010, entre une présidente de chambre et le procureur près le TGI de Nanterre concernant leur degré d'indépendance respectifs vis-à-vis du pouvoir exécutif.

[1850] 91% contre 87.

[1851] 89 % contre 87.

[1852] 87 % contre 86.

[1853] 84 % contre 80.

[1854] 86 % contre 78.

neutre et plus impartial dans ses jugements (*sic*)[1856] et davantage indépendant des pouvoirs économiques[1857] qu'un juge. La seule qualité que le public consent à accorder au magistrat du siège au même niveau que celui du Parquet est l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, que 49% des sondés reconnaissent aux uns et aux autres[1858].

Ce sondage est très intéressant car il montre la représentation qu'ont les Français de leur justice, qui n'est pas la conséquence de ce qui se passe réellement dans les juridictions, mais de ce qu'ils en voient. La confiance du public va spontanément d'abord vers ce qu'il peut observer. La justice, en tant que vertu, a besoin d'être incarnée. Selon la pensée attribuée à Talleyrand, qui veut qu'en politique ce qui est cru est plus important que ce qui est vrai, nous pouvons nous demander si, à l'heure de la société de communication, ce qui est vu de l'activité des tribunaux n'est pas en train de prendre le pas sur ce qui est. Notre propos n'est pas de remettre, ici, en cause la solennité de la justice, son décorum, ses symboles, mais de nous interroger sur la question de savoir si ils ont encore un sens pour nos concitoyens.

Pour asseoir son autorité, sa légitimité et susciter la confiance, l'institution judiciaire a beaucoup emprunté à l'Eglise catholique[1859]. En 2011, qui comprend encore un symbolisme religieux, que l'Eglise elle-même a parfois abandonné ?[1860] Sans dire qu'il faille abandonner le rituel judiciaire et ses attributs, il faut bien constater que celui-ci n'est plus suffisant. Comment accorder sa confiance à un magistrat qui paraît ne bénéficier d'aucun pouvoir ? Car, que l'on ne s'y trompe pas, c'est cela que signifie aujourd'hui le silence. Que voit et que comprend le grand public ? Un fonctionnaire subordonné se tait tant qu'il n'a pas reçu l'autorisation de sa hiérarchie de s'exprimer. Le juge du siège est un muet, c'est donc un fonctionnaire dépendant. Le procureur, en revanche, porte la réaction de la société lorsque l'intervention de l'institution judiciaire est nécessaire. Grâce à l'article 11 du Code de procédure pénale, il incarne la loi et la justice, sur les écrans des télévisions, pour des millions de Français. C'est le plus compétent, puisque c'est lui que l'institution judiciaire a dépêché pour parler. C'est une autorité indépendante puisqu'il prend la parole sans tutelle, quand il le juge utile. Il est posé et paraît sérieux à l'écran : il est donc plus « *neutre et impartial dans ses*

[1855] 74 % contre 66.
[1856] 68 % contre 66.
[1857] 63 % contre 59.
[1858] *Ibid.*, p. 155.
[1859] Qui s'était elle-même beaucoup servie parmi les symboles des religions et croyances antérieures.
[1860] Lire à ce propos la constitution pastorale « *Gaudium et Spes* », « *sur l'Eglise dans le monde de ce temps* » promulguée par Paul VI en 1965 au terme de Vatican II, spécialement les articles 62 et 124 sur les modifications à apporter à l'ornement et aux plans des églises. Texte en français sur le site du Vatican : http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_cons_19651207_gaudium-et-spes_fr.html

jugements », que le juge qui est, pour le public, d'abord un juge d'instruction, puisque c'est à peu près le seul qui apparaît de temps en temps en action dans les reportages journalistiques, principalement à l'occasion de perquisitions ou de reconstitutions. Ce juge d'instruction, n'est pas impartial, puisqu'il enquête et cherche donc à confondre un suspect. C'est lui l'accusateur. D'ailleurs, il se trompe souvent et peut employer des méthodes malhonnêtes. C'est ce qui aura été retenu de l'affaire d'Outreau. Par ailleurs, une différence fondamentale sépare les interventions publiques des juges et des procureurs. Ces derniers apparaissent dans le cadre et avec l'autorité de leurs fonctions, souvent dans leur bureau ou en tout cas dans un décor judiciaire. Les juges qui interviennent sur les plateaux de télévision, ne sont pas des juges en train de juger, ce sont des personnes privées qui usent de leur liberté d'expression ou des représentants syndicaux, donc suspectés par nature de corporatisme. Dès lors, la confiance du public va vers le procureur, comme l'atteste cette enquête d'opinions, puisqu'on le voit en tant que magistrat défendant l'intérêt général, qu'il s'explique et qu'il agit. C'est d'ailleurs souvent l'une des seules personnes qui apparaît publiquement pour une explication au sujet ce qui est en train de se passer au Palais de justice, ou au sujet d'une décision et qui semble s'inquiéter du public[1861]. Enfin, un des aspects les plus surprenants du sondage commandé par le CSM est de découvrir que trois personnes sur quatre n'ayant jamais eu affaire à la justice, n'arrivent pas à faire clairement la différence entre un juge et un procureur ![1862] Comment faire confiance à ce que l'on ne connaît pas ?

§2. La confiance du public, fondement de la légitimité de l'institution judiciaire

Plan. La justice est l'institution la plus éloignée de la source de pouvoir qu'est le suffrage universel. Sa légitimité doit se chercher ailleurs. Dans notre société de défiance, la légitimité ne se décrète plus mais se mérite, la confiance du public s'érigeant en source de cette légitimité. L'affaire Dutroux, en Belgique, a montré les effets dévastateurs de la perte de la confiance publique dans l'institution judiciaire, ôtant sa légitimité non seulement à cette

[1861] L'avocat peut apparaître aussi, mais il est suspect, car sa parole est rémunérée.

[1862] 73 % des sondés déclaraient connaître mal ou très mal la distinction entre les juges et les procureurs pour ceux n'ayant jamais eu affaire à la justice. Parmi les sondés ayant déjà eu affaire à la justice, cette proportion était encore de 60 %. CSM, Rapport 2007, *op. cit.*, p. 154.- Il est vrai que l'exemple de la confusion vient de haut. Ainsi, le Président de la République, interrogé sur *France 2* le 12 juillet 2010 au sujet de l'opportunité de confier une affaire à un juge d'instruction plutôt qu'au procureur de Nanterre, a répondu : « *Vous croyez que ce serait indépendant de dire « ce serait bien qu'on change de juge », qu'on en mette un autre ? Ce n'est pas ma conception de l'indépendance de la justice. » Le Monde*, 13 juillet 2010.

dernière mais aussi aux institutions dans leur entier, au point d'avoir menacé leur existence même (A). En France, pays qui n'a pas connu une telle expérience – ou un tel traumatisme –, le rapport entre publicité, confiance du public et légitimité de l'institution n'est pas intégré par les magistrats, au prix d'une rupture entre institution et population (B).

A. L'exemple de l'affaire *Dutroux*

L'affaire *Dutroux* : une absence d'explication publique dévastatrice. Une illustration saisissante des dégâts que peut provoquer l'absence ou l'insuffisance d'explications adressées au public dans le cadre d'une affaire judiciaire nous a été livrée, en Belgique, avec l'affaire dite « *Dutroux* »[1863] en 1996. Le magistrat chargé de l'instruction a partagé, le 21 septembre 1996, un repas, composé de spaghettis[1864], avec environ 400 personnes ; la soirée étant organisée par une association de soutien à une des victimes de Marc Dutroux, avec comme finalité de réunir des fonds destinés à financer les frais de justice de l'adolescente. De surcroît, l'association était partie civile dans le dossier instruite par le juge. La soirée, à laquelle participait également le procureur du Roi chargé de l'affaire, a fait l'objet d'articles de presse où l'on voyait les deux magistrats en photos avec les membres de l'association. L'avocat du principal accusé s'empara du fait pour fonder une requête en suspicion légitime. Le 14 octobre 1996, la Cour de cassation belge rendit un arrêt, qui dessaisit le juge : « *Attendu que l'impartialité des juges est une règle fondamentale de l'organisation judiciaire; qu'elle constitue, avec le principe de l'indépendance des juges à l'égard des autres pouvoirs, le fondement même non seulement des dispositions constitutionnelles qui règlent l'existence du pouvoir judiciaire mais de tout État démocratique; que les justiciables y trouvent la garantie que les juges appliqueront la loi de manière égale; Attendu que la condition essentielle de l'impartialité du juge d'instruction est son indépendance totale à l'égard des parties, en manière telle qu'il ne puisse s'exposer au soupçon de partialité dans l'instruction des faits, que ce soit à charge ou à décharge; Que le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge ne pouvant susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité; qu'aucune circonstance, fût-elle exceptionnelle, ne le dispense de ce devoir; Attendu que la Cour apprécie la pertinence des motifs invoqués à l'appui d'une*

[1863] Enquêtant sur une affaire d'enlèvement d'adolescentes, les autorités arrêtent le 13 août 1996 un suspect nommé Marc Dutroux. L'enquête permet rapidement de délivrer deux jeunes victimes, emmurées à son domicile. En 2004, il sera condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour les enlèvements, les séquestrations, les viols et les assassinats de quatre jeunes filles, pour les enlèvements, les séquestrations, les viols de deux autres, pour l'assassinat d'un complice, les viols de trois jeunes Slovaques et la séquestration de trois autres personne.
[1864] Cet arrêt sera par la suite communément nommé « *l'arrêt spaghetti* ».

demande de renvoi pour cause de suspicion légitime à la lumière de ces principes et des dispositions légales qui les consacrent ; Attendu qu'ainsi il résulte du rapprochement de l'article 828 du Code judiciaire, qui énumère les causes de récusation, et de l'article 542 du Code d'instruction criminelle, qui prévoit le renvoi d'un tribunal à un autre tribunal pour cause de suspicion légitime, que le juge d'instruction qui a été reçu par une partie à ses frais ou qui a agréé d'elle des présents, et a manifesté de la sorte sa sympathie à l'égard de cette partie, se met dans l'impossibilité d'instruire la cause de celle-ci, sans susciter chez les autres parties, notamment les inculpés et les tiers une suspicion quant à son aptitude à remplir sa mission d'une manière objective et impartiale; Attendu qu'il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard et notamment des rapports adressés par le procureur du Roi à Neufchâteau au procureur général près la cour d'appel de Liège et déposés au dossier par le procureur général près la Cour, que les faits ci-dessus énoncés sont avérés et pertinents, et que, de surcroît, le juge Connerotte avait reçu en ses mains une constitution de partie civile de l'ASBL Marc et Corine contre le requérant […] *Dessaisit le juge d'instruction… »*

Il est difficile de contester le raisonnement tenu dans cet arrêt par les juges de la Cour de cassation belge. Cependant, cette décision a provoqué un véritable séisme en Belgique, provoquant des arrêts spontanés du travail, et une colère populaire qui a pendant quelques jours menacé l'existence même des institutions publiques. Cette décision rendue, « *personne de la haute assemblée ne tentera d'expliquer le principe constitutionnel de la règle de droit. Le fossé s'accroît… 300.000 personnes manifestent à Bruxelles dans le silence pour rappeler certaines valeurs* » relève M. Philippe Morandini[1865].

Un silence dévastateur. Pire, l'image que donnèrent à ce moment là les magistrats de la Cour de cassation ─ le procureur général refusant de s'adresser aux caméras au sortir de la salle d'audience et se cachant le visage derrière son sac à mains[1866] ─, fut une véritable catastrophe

[1865] Premier Substitut du Procureur du Roi, membre du Conseil Supérieur de la Justice de Belgique, M. Morandini était aussi magistrat-presse à l'occasion de la phase de jugement de l'Affaire Dutroux : MORANDINI Philippe, *La formation des Magistrats en matière de Média et Justice-Relations et coopération à la lumière de « l'Affaire Dutroux », in Réseau européen d'échange d'informations entre les responsables et les entités chargées de la formation des magistrats (Réseau de Lisbonne), 10ème réunion plénière, Strasbourg, 30-31 octobre 2008*, Conseil de l'Europe, Doc. RL (2008) 7.

[1866] « *On se souvient d'un procureur général fuyant les caméras en se cachant derrière son sac à mains et de l'extraordinaire mépris avec lequel les magistrats de l'instance justifièrent, ou plutôt refusèrent de justifier, l'arrêt spaghetti par lequel la Cour, au cœur même de l'affaire Doutroux, avait dessaisi le très populaire juge d'instruction Jean-Marc Connerotte*. » : *La Libre Belgique*, 21 septembre 2007. - Il est vrai, à la décharge de ce magistrat, que la situation était en train de virer à l'émeute devant la Cour de cassation où plusieurs centaines de personnes étaient réunies, certains –militants d'extrême droite selon le journal Le Soir- commençant à lancer des

en termes de communication : une attitude défensive et fuyante, alors qu'il fallait soutenir publiquement et ouvertement le bien-fondé de la position soutenue.

Cette apparence de fuite fut immédiatement rattachée par le public à des notions comme celles d'irresponsabilité, d'absence d'autorité, d'évitement des problèmes à résoudre, de désintérêt pour le public, de technocratie et d'absence de sens de l'humain. L'image a eu ici une puissance telle que le texte, particulièrement celui d'un arrêt difficilement décryptable pour le grand public, n'a pas pu contrebalancer à court terme le sentiment de colère suscité au sein de la population.

Même si les lois ont été respectées, un haut magistrat qui se cache de cette manière de la vue du public, est un magistrat qui a honte de ce qu'il vient de faire et qui n'assume pas ses fonctions. Telle est la lecture commune d'une telle scène, qui a immédiatement ruiné la légitimité et l'autorité d'une décision dont le contenu n'a pas même eu le temps de parvenir jusqu'au public, et a été reçue par la population belge comme une souveraine marque de mépris. A partir de cet instant, pour l'autorité judiciaire, la situation ne relevait plus du principe de la publicité judiciaire et des règles procédurales mais de la communication de crise[1867], voire de la communication tout court.

Les limites de la motivation écrite. Il est également intéressant de constater, alors que les juges ont fait un effort manifeste de motivation, comment ce qu'ils ont voulu dire au public n'a pas du tout été entendu. Il fallait, ici, savoir établir un lien humain avec la population. Sans doute aurait-il été nécessaire de louer l'opiniâtreté du juge qui a permis de sauver des vies et de comprendre la déception du public, avant de savoir rappeler que le rôle d'un juge est d'appliquer la règle de droit, et qu'il n'y avait pas, ici, d'autre solution que le

---

slogans comme « *La justice contre le peuple* » ou « *Juges assassins* » : *Le Soir*, « Devant le Palais », 15 octobre 1996.

[1867] Pour un professionnel de la communication de crise, ce type de situation se situe dans une typologie classique, même si elle s'inscrit dans ce qui peut arriver de pire. Lire par exemple, REVERET Régis, MOREAU Jean-Nicolas, *Les médias et la communication de crise*, Paris, Economica, 1997, pp. 31-64. De notre point de vue, en terme de communication, la situation à Bruxelles nécessitait la constitution d'une cellule de crise et l'intervention d'un magistrat de haut niveau capable de donner des informations précises, d'occuper le terrain médiatique, de paraître sincère et humain en déclarant partager l'opinion générale concernant la tâche accomplie par le juge d'instruction et d'en louer l'opiniâtreté (nous pouvons relever que les arrêts de droit américain sont plus adaptés pour ce type de considération qu'un arrêt dont la forme est inspirée de celle de la cour de cassation française), mais capable aussi d'expliquer que la règle de droit devait s'appliquer dans l'intérêt supérieur de la justice et qu'il n'y avait pas d'autre issue que le dessaisissement. Au lieu de cela, les institutions belges sont demeurées silencieuses, comme tétanisées. *A contrario*, ce sont bien les principes de base de la communication de crise qui ont été utilisées en France dans l'affaire dite d'Outreau lorsque le procureur général Yves Bot est venu dans la salle d'audience présenter ses excuses aux accusés alors même que le verdict n'était pas encore rendu – ce qui suscita une importante critique au sein de la magistrature-. Ces excuses ont été renouvelées, quelques heures après le verdict par le ministre de la Justice, et cinq jours après par le président de la République, qui s'est adressé personnellement à chacun des acquittés.

dessaisissement. Les arrêts de la Cour de cassation belge, dont la forme est inspirée de la Cour de cassation française, sont peu propices à ce type de considération, à la différence des décisions de droit anglo-saxon. M. Papadopoulos le relève à propos d'un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis [1868], dont une opinion dissidente du Juge Blackmun est particulièrement empathique pour la jeune victime : « *j'adopterais une lecture "sympathisante", qui se concilie avec les préceptes fondamentaux de la justice et qui reconnaisse que la compassion ne doit pas être exilée du travail de juger* [...] *Pauvre Joshua !... c'est un triste commentaire sur la vie américaine et les principes constitutionnels que cet enfant, Joshua DeShanney, est désormais condamné à vivre le reste de sa vie profondément retardé* »[1869]. M. Padadopoulos, cependant, relève lui-même le danger d'une telle approche juridique, qui risque de privilégier le sentiment sur l'analyse, tendance particulièrement périlleuse à une époque où le populisme pénal fait rage : « *En effet, nous sommes actuellement témoins d'une fâcheuse tendance de la Cour suprême à exposer avec maints détails les actions horribles des tueurs et à dilater tellement l'exposé des faits qu'il finit par oblitérer l'analyse des droits constitutionnels - procéduraux et substantiels - des criminels. Ici on discerne la même structure argumentative : même récit de passion, même ferveur de compassion avec la victime et sa famille, même souci de donner enfin la parole immédiatement à la voix étouffée des victimes. Aussi est-il que la fonction polémique du récit, l'entrée en force à l'avant-scène des voix des humiliés demandée à corps et à cris par la nouvelle herméneutique, peut très bien profiter à la stabilité de l'idéologie dominante (en notre cas, l'idéologie sécuritaire et du tout-répressif)* »[1870].

Le silence de l'autorité judiciaire, conforme au code de procédure, a, par ailleurs, laissé la place à d'autres acteurs pas forcément bienveillants pour les institutions belges.

Un pouvoir politique ébranlé. L'institution judiciaire, l'arrêt ayant été rendu, demeura muette. Six jours plus tard, la Marche Blanche[1871] du 20 octobre 1996, fut une réaction de défiance à l'écart des autorités publiques en général et des autorités policières et judiciaires en particulier. Elle a réuni au moins 3% de la population du pays dans les rues de Bruxelles, le défilé se déroulant dans le silence et sans slogan, les participants vêtus de blancs. La

[1868] Cour suprême des Etats-Unis, *DeShanney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989)

[1869] Cité et traduit in PAPADOPOULOS Ioanis, « Guerre et paix en droit et littérature », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 190.

[1870] *Ibid.*, p. 192.

[1871] DENECKERE Gita, HOOGHE Marc, « La Marche Blanche de Belgique (octobre 1996) : un mouvement de masse spectaculaire, mais éphémère », *Le Mouvement social*, n° 202, 1/2003, pp. 153-164.

manifestation était, à l'origine, envisagée comme un hommage rendu aux victimes, mais changea de nature avec l'arrêt rendu le 14 octobre 1996. Le pouvoir politique flotta[1872]. Il fallut une intervention du roi des Belges, sortant de son rôle constitutionnel pour recevoir les familles et pour ramener le calme. Non structuré politiquement, le mouvement en resta là[1873]. En 2000, suite aux évènements liés à l'affaire Dutroux, le Service Public Fédéral de Programmation de la Politique Scientifique belge décida de financer la mise au point d'un instrument de mesure destiné à suivre régulièrement l'évolution du sentiment de confiance de la population belge dans l'institution judiciaire.

Le point fondamental du comportement envers le public. Les juges de la Cour de Cassation belge ont appliqué le droit, respecté les formes et les procédures, et sont, positivement, irréprochables. D'ailleurs, il est remarquable de constater que le raisonnement de la Cour de cassation n'a jamais vraiment été attaqué sur le fond[1874] dans la manière dont la presse l'a rapporté[1875]. Pourtant, cette décision a failli mettre à terre les institutions belges. La confiance fondant la légitimité judiciaire; la disparition de la première a entraîné la seconde à sa suite, et comme le début d'une réaction en chaîne, la perte de légitimité de la justice a affaibli très dangereusement les autres institutions publiques du pays.

Reprenons les conclusions auxquelles M. le Professeur Tyler était parvenu, un quart de siècle plus tôt, à Chicago : le comportement des autorités judiciaires et policières est plus importante, pour fonder la confiance du public, que leur compétence strictement techniques. Les critiques que nous pouvons retrouver se résument à un même point principal : le comportement des magistrats de la Cour de cassation belge vis-à-vis du public[1876].

[1872] Le Premier ministre de l'époque, dira plus tard : « *J'ai été fort impressionné par la Marche Blanche. D'autant plus qu'elle est due à l'initiative de gens qui ont vécu le pire que puisse vivre un homme, et qui ont néanmoins su traduire leur colère en une demande de réformes. Je suis convaincu que les parents auraient pu déclencher une révolution. Absolument. S'ils avaient appelé à la violence, on les aurait suivis.* » DEHAENE Jean-Luc, *De Standaard*, 29 juillet 2000, cité et traduit par Gita Deneckere et Marc Hooghe, *op. cit.*

[1873] Même si il a permis de faire passer quelques réformes qui sommeillaient dans les cartons du Parlement.

[1874] Sauf par certains avocats des familles qui voulaient démontrer que la Cour confortait d'ordinaire les juges d'instruction lorsque se présentait une requête en suspicion.

[1875] *« La Cour constate d'abord (rapports du Parquet et journaux à l'appui) que les faits –le dîner spaghetti- sont avérés. Elle explique ensuite que l'impartialité des juges est une règle fondamentale et le fondement de tout Etat démocratique. Les justiciables y trouvent la garantie que les juges appliqueront la loi de manière égale. En outre, ajoute la Cour, le juge d'instruction ne cesse à aucun moment d'être un juge. Il ne peut donc même pas susciter dans l'esprit des parties ou dans l'opinion générale une apparence de partialité. Or, dans le cas qui l'occupe, la Cour constate que le juge Connerotte a indiscutablement manifesté sa sympathie à l'égard des parties* » : *Le Soir*, « *La Cassation a partiellement suivi son procureur* », 15 octobre 1996.

[1876] « *Ainsi en a donc décidé la Cour de cassation* […] *face à une horloge aux aiguilles arrêtées on ne sait depuis combien d'années* […] *Moi, j'ai cherché des solutions, avait dit le procureur général* […] *mais je n'en ai pas trouvé. La Cour, elle, n'a même pas pris la peine de dire si elle a cherché…* », *Le Soir*, « Lundi, 15 h 30,

La Cour de cassation belge en tirera les conséquences, dix ans plus tard, en nommant « *deux magistrats de presse* » : « *Soucieuse d'améliorer la lisibilité de ses arrêts (« sans tomber dans un excès contraire qui affaiblirait la qualité d'un travail d'abord destiné au juge »), la Cour compte encore s'expliquer plus souvent sur la portée de certaines décisions dès lors qu'elles ont un impact sur la vie en société.* »[1877]

Les enseignements de l'affaire *Dutroux*. La substance de cette réflexion nous est rapportée par M. Morandini[1878], présentant à ses collègues européens les conséquences du « *séisme de l'affaire Dutroux* » sur les pratiques de la magistrature belge : « *Les moyens étant devenus tellement désuets dans l'exercice de sa fonction, que la magistrature s'était installée dans une certaine routine, un certain mutisme, travaillant en repli sur elle-même aux mieux de ses possibilités, perdant parfois de vue la finalité de sa mission qu'est la gestion d'un conflit entouré d'émotions. Or, gérer un conflit sans écoute est inutile. Que dire si le citoyen se sent incompris* […] *la décision rendue n'atteindra jamais l'effet recherché : l'apaisement. Pour retrouver ou atteindre une sérénité sociale, but de la justice, il faut certes permettre au justiciable de s'exprimer mais encore faut-il que celui-ci ait le sentiment d'avoir été entendu et qu'il comprenne. Le mutisme de la magistrature posait problème quant à ce. Les magistrats ont quelque peu perdu de vue l'une des finalités de leur fonction, l'un des principes même de cette exigence de publicité qu'est la rencontre avec le citoyen* […] *Dans le cadre d'enquêtes pénales, le secret est un des principes de notre Code* […] *c'est précisément cette discrétion qui va être à la base d'un trouble énorme* […] *Sans le vouloir, en agissant de la sorte, de par l'évolution de notre société, les magistrats en étaient venus à occulter l'essence même de leur fonction : l'accessibilité de leur mission. La Justice vivait en quelque sorte en totale autarcie* » avance M. Morandini, qui en est arrivé, lui aussi, à établir un lien direct entre publicité et confiance dans l'institution judiciaire : « *La magistrature a pris conscience que son silence, application brute de son devoir de réserve, pouvait être à juste titre très mal interprété (magistrature hautaine, éloignée des préoccupations du citoyen, sur un piédestal etc.) Si le citoyen ne s'est plus senti écouté par la Justice, face à son mutisme, il ne s'est également plus senti compris par celle-ci.* […] *Il existe une défiance du citoyen envers le monde judiciaire de par l'ignorance et l'incompréhension quant à son fonctionnement. A*

L'arrêt de la Saint-Juste », 15 octobre 1996.- « *L'arrêt est court, sec comme un code, froid comme la justice* », *Le Soir*, « La Cassation a partiellement suivi son procureur », 15 octobre 1996.

[1877] *La Libre Belgique*, « La Cour de cassation va parler et agir », 21 septembre 2007.

[1878] MORANDINI, *op. cit.*, pp. 5-6.

l'heure actuelle, le citoyen veut comprendre parfaitement les rouages de la Justice. Pour remplir parfaitement son rôle, la Justice doit donc être apparence (impartialité), mais aussi écoute et compréhension, qualités qui constituent les bases de bonnes relations au sein de toute société. »[1879]

Ces interrogations sont également valables pour la France.

B. La situation française : une double rupture entre le public et les magistrats

La publicité judiciaire, colonne vertébrale de l'Etat de droit. Même s'il n'est pas toujours très aisé de distinguer, sous la plume de Tite-Live[1880], la légende du fait historique, il apparaît nettement que ce n'est pas la chute de Tarquin le Superbe qui fonda la République romaine, mais les lois de Valerius Publicola[1881], dès lors qu'elles permirent l'établissement des tribuns, c'est-à-dire le pouvoir judiciaire confié au peuple. Sur ce point les analyses de Rousseau[1882] et de Machiavel[1883] sont convergentes. Tacite, pour sa part, avait décrit les Germains comme un peuple libre dès lors qu'il délibérait sur les affaires publiques et choisissait, tout aussi publiquement, ceux qui étaient jugés dignes de rendre la justice assistés de conseils issus du peuple[1884]. Les révolutionnaires de 1789, en proclamant la souveraineté du peuple, revinrent à ces droits naturels en rétablissant la publicité des débats judiciaires et le droit à une défense.
Le retour de la publicité judiciaire signifiait la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, autrement dit le démantèlement du mécanisme despotique.

La publicité judiciaire, clé de voûte de l'Etat de droit. Si l'autorité judiciaire, et la publicité de son action, est la clé de voûte dont l'anéantissement permet d'accélérer la dissolution de l'Etat de droit, son rétablissement est également le premier préalable à sa reconstruction. Après de nombreuses expériences menées sur tous les continents et dans des conditions

---

[1879] *Ibid.*, pp.8-9.
[1880] TITE-LIVE, *Histoire romaine*, Livre premier.
[1881] *Lex Valeria de Provocatione*, 509 av. J.-C.
[1882] ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Livre III, ch. X : « […] *alors seulement y eut un vrai gouvernement et une véritable démocratie* ».
[1883] MACHIAVEL Nicolas, *Discours sur Tite-Live*, Livre Premier, chapitres IV et V.
[1884] *« On choisit dans ces mêmes assemblées des chefs qui rendent la justice dans les cantons et les villages. Ils ont chacun cent assesseurs tirés du peuple, qui leur servent de conseil et ajoutent à l'autorité de leur jugement* ». TACITE, *Mœurs des Germains*, in *Œuvres complètes de Tacite*, Paris, Hachette, 1858, p. 629.

politiques, culturelles et religieuses très différentes les unes des autres, les services de l'O.N.U. affirment qu'il « *ressort clairement de notre expérience de ces dix dernières années qu'il n'est possible de consolider la paix dans la période qui suit immédiatement la fin d'un conflit, et de la préserver durablement, que si la population est assurer d'obtenir réparation à travers un système légitime de règlement des différends et d'administration équitable de la justice*. »[1885] L'Etat de droit, pour l'O.N.U., « *désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions, des entités publiques et privées, y compris l'Etat lui-même, ont à répondre de l'observation des lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droit de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs.* »[1886] L'idée de justice est commune à l'ensemble de l'espèce humaine ou, comme l'écrit le rapport onusien, est « *un concept enraciné dans toutes les cultures et les traditions nationales* »[1887]. Le concept de la publicité de la justice, en tant que droit naturel, est ressenti de manière toute aussi universelle : « *Les normes de l'O.N.U. ont été élaborées et adoptées par les pays du monde entier et incorporées à l'ensemble des systèmes juridiques des Etats membres que ceux-ci soient fondées sur la Common law, le droit romain, le droit islamique ou d'autres traditions juridiques. De la sorte, ces normes possèdent une légitimité dont on ne saurait dire qu'elle caractérise les modèles nationaux exportés qui, bien trop souvent, traduisent davantage les intérêts ou l'expérience propre des donateurs et fournisseurs d'assistance que les intérêts réels ou les besoins en matière de renforcement du système juridique des pays bénéficiaires.* »[1888] Si les formes sont variables selon les cultures et les latitudes, certaines caractéristiques sont communes à commencer par les actions visant à « *informer et éduquer le public* [et] *accroître la capacité de la société civile de contrôler le fonctionnement des institutions judiciaires* »[1889], ce qui passe

[1885] O.N.U., *Rapport au Conseil de sécurité du secrétaire général des Nations unies, Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, 23 août 2004, version originale en anglais, Doc S/2004/616, p. 5.
[1886] *Ibid*., p. 6.
[1887] *Idem.*
[1888] *Ibid*., p. 7.
[1889] *Ibid*., p. 8.

invariablement par la publicité judiciaire, qui concerne aussi la « *mise en place de mécanismes d'établissement de la vérité et de réconciliation.* »[1890]

La publicité de l'administration de la justice est d'autant plus importante dans ces situations que les tribunaux se sont en général totalement discrédités dans les périodes précédentes dès lors que « [l]*e conflit et les exactions les ont transformés en instrument de répression, de sorte qu'ils ont souvent perdu toute légitimité* »[1891] Donc, « [l]*es procès en matière pénale peuvent jouer un rôle important dans les périodes de transition. Ils témoignent de la réprobation publique des comportements criminels* […] *Dans la mesure où les règles de procédure pertinentes autorisent les victimes à présenter leurs vues et leurs préoccupations devant le tribunal, ils peuvent également aider celles-ci à reconquérir leur dignité. Les procès au pénal peuvent aussi contribuer à renforcer la confiance du public dans la capacité et la volonté de l'Etat de faire appliquer la loi. Ils peuvent en outre aider les sociétés à sortir d'une période de conflit en établissant un compte-rendu détaillé et digne de foi d'incidents et d'évènements particuliers.* »[1892]

Ce lien entre confiance et légitimité était souligné[1893] par M. Guy Canivet, en 2002, lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation.

Le rôle fondateur de la publicité judiciaire et du rapport des juridictions avec le public n'est, cependant, pas perçu comme fondamental par les magistrats français, comme l'a révélé l'étude réalisée en 2008, à la demande du Conseil Supérieur de la Magistrature.

La vision d'eux-mêmes des magistrats français. Une enquête, réalisée en juillet 2008 par l'IFOP pour le CSM, s'est intéressée à l'opinion des magistrats français, juges et membres du ministère public, sur la Justice, la déontologie et leur métier[1894].

Les magistrats français pensent en majorité que la Justice n'inspire pas confiance[1895]. Les magistrats du siège (39 %) croient davantage en la confiance à leur égard de leurs contemporains que ceux du Parquet (32 %). A une très large majorité (78 %), les sondés pensent que ce qui fonde la confiance du public dans la Justice est la compétence des juges et des magistrats du ministère public[1896].

[1890] *Ibid*., p. 13.
[1891] *Idem*.
[1892] *Ibid*., pp. 17-18.
[1893] CANIVET Guy , « Discours à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 11 janvier 2002 », *Gaz. Pal.*, 8-9 mars 2002, p. 11.
[1894] IFOP, *Le regard des magistrats sur la Justice, la déontologie et leur métier, Note de synthèse*, octobre 2008, CSM. 1209 magistrats, sur 8000, ont participé à l'enquête.
[1895] 37 % seulement des magistrats interrogés pensent que les Français ont confiance dans l'institution judiciaire.
[1896] *Ibid*., p. 5.

Cette opinion se retrouve logiquement dans les réponses, lorsque se pose la question de savoir quelles sont les qualités essentielles d'un bon magistrat : la compétence arrive en premier, à 52 % chez les juges et à 49 % chez les membres du ministère public. Logiquement, ils ont aussi une très haute opinion de la formation qu'ils ont reçue, particulièrement de la formation initiale (91 %). Ces éléments tendent à faire penser que les magistrats français fondent l'idée de leur légitimité sur leur compétence, validée par une sélection et une formation initiale exigeantes. Cette appréciation est à recouper avec l'analyse de M. Garapon qui soulevait déjà voici plusieurs années, la difficulté originelle de fonder la légitimité du juge en France[1897].

L'écoute reléguée très loin. La capacité d'écoute se place seulement en onzième position des qualités attendues chez les magistrats du Parquet (6 %), et en neuvième position chez leurs collègues du siège (18 %). De la même manière, l'adaptation de l'institution judiciaire à l'évolution de la société apparaît aux magistrats comme un élément mineur (28 %) dans le fondement de la confiance de la population à leur égard.

Une bonne compréhension de la société est jugée une qualité nécessaire par 28 % des membres du ministère public, et par seulement 5 % des juges. Cette tendance est également nette lorsque le débat débouche sur le sujet des réformes souhaitables. Une large majorité de sondés pensent qu'il faudrait davantage de magistrats (87 %) et surtout plus de personnel judiciaire non magistrat (98 %) ; la proposition de publier des règles déontologiques est aussi largement admise (81 %).

En revanche, le refus est massif de voir élargir la possibilité de sanctions disciplinaires à l'encontre de magistrats (78% d'avis défavorables), et encore davantage lorsque est évoquée la possibilité de prise en compte de l'opinion publique, proposition rejetée par 93 % des magistrats.

La question de la déontologie du magistrat renvoie à deux qualités essentielles : l'intégrité (53 %) et l'impartialité (52 %). Autre élément intéressant pour notre sujet : si 55 % des magistrats estiment qu'une diffusion de leurs obligations déontologiques permettrait de mieux faire connaître la Justice au grand public, ils ne sont plus que 43 % à penser qu'une telle démarche serait de nature à renforcer la confiance du public à leur égard[1898]. Les magistrats expriment très fortement leur confiance envers la Justice (92 %), mais se défient fortement des élus (33 % de confiance) et, surtout, des médias (seulement 19 % de confiance). Les magistrats sont

[1897] GARAPON Antoine, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 245.

[1898] *Ibid*., p. 13.

fiers d'eux à 95 %, mais ne sont que 46 % à estimer que leur travail est reconnu à sa juste mesure.

Une double rupture. Cette enquête montre donc deux ruptures entre les magistrats et la population.

La première concerne la confiance du public : pour la fonder à leur égard, les magistrats placent la question de la compétence au dessus de tout, et tiennent pour mineures celles de l'écoute et de l'information destinées au public. C'est exactement l'inverse de ce qu'attend la population, si nous nous fondons sur les études de M. le Professeur Tyler et le retour d'expérience de l'affaire Dutroux.

La même distorsion s'observe relativement aux causes de la défiance du public vis-à-vis de l'institution judiciaire. Les magistrats pensent qu'elle est fondée sur deux éléments principaux : la complexité de la justice et sa lenteur (79 % pour les deux cas). Si nous recoupons ces réponses avec ceux de l'autre sondage, vu plus haut, réalisé auprès de la population pour le CSM, nous nous apercevons que le grand public n'a pas du tout la même appréciation de la situation. Les principaux reproches qu'il forme sont fondés sur le caractère inégalitaire (62 %) et inéquitable du système judiciaire (43 %)[1899].

Ces deux distorsions sur la confiance et la défiance montrent l'existence d'une rupture entre les magistrats et le public, donc un problème d'échange et de communication. Ce constat est inquiétant, car la confiance dans l'institution judiciaire est un élément central de l'ordre public, dont l'altération rejaillit négativement sur l'ensemble des institutions publiques.

Les zones de défiances, zones de réformes. Depuis quelques années, ce constat est à l'origine de plusieurs réformes, visant des phases judiciaires pour lesquelles le public expriment le plus de défiance, et qui sont aussi celles où le secret prédomine : la phase de l'instruction, la justice des mineurs et l'exécution des peines.

Ces réformes se caractérisent toutes par la volonté du législateur de mettre un place un contrôle populaire de l'action des juridictions, ou une association de représentants populaires aux décisions de ces juridictions.

Les différentes réformes relatives à l'instruction ont porté sur l'insertion puis le développement du principe de la publicité des audiences, principalement pour ce qui concerne les audiences déterminantes pour l'accusation et le contentieux de la privation de liberté.

[1899] *Ibid*., p 5.

La loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs[1900], entrée en vigueur le 18 août 2011, porte notamment sur « *la participation des citoyens aux décisions en matière d'application des peines* »[1901]. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 4 août 2011 a validé ces dispositions en « [c]*onsidérant que, d'une part, si les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire, la Constitution ne fait pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire ; que, d'autre part, si les dispositions de l'article 66 de la Constitution s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, elles n'interdisent pas, par elles-mêmes, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges ; que, toutefois, doivent être apportées en pareils cas des garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance, indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires, ainsi qu'aux exigences de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; qu'en outre, s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire* »[1902].

Ce texte constitue cependant une rupture plus importante que la présence de jurés pour juger de délits prévu par le même texte, puisque, pour la première fois depuis les jurys d'accusation révolutionnaire, les jurés vont se trouver dans des juridictions qui ne vont pas statuer publiquement.

Parallèlement, la volonté de présenter l'action judiciaire, et notamment la jurisprudence, au public grâce à la diffusion la plus large possible est manifeste.

[1900] J.O. du 11 août 2011.
[1901] Art. 15 à 23.
[1902] Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011, considérant n° 10.

Section 2. La mise en œuvre de la publicité hors de salle d'audience à l'ère numérique

Plan. L'obligation d'accessibilité et d'intellegibilité de la norme juridique concerne également la jurisprudence, ce qui implique la publicité des décisions rendues par le moyen d'une diffusion à destination du public, hors de la salle d'audience (A). L'effectivité de cette diffusion atteint aujourd'hui une effectivité sans précédent grâce à l'utilisation de la technologie numérique et des nouveaux moyens de communication (B).

§ 1. L’accessibilité de la décision judiciaire à l’heure de la technologie numérique

Alors que l’influence des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme transforme le système judiciaire pour donner une plus grande importance à la jurisprudence, la diffusion la plus large possible de celle-ci est déterminée par l’obligation constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité (A). La technologie numérique fait également son entrée dans les palais de justice, modifiant le rapport de l’institution judiciaire avec le public (B).

A. Une obligation d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme juridique

Accessibilité et intelligibilité de la norme juridique. Dans sa décision du 16 décembre 1999 [1903], le Conseil constitutionnel a qualifié d'« *objectif à valeur constitutionnelle* » l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, en déclarant que le principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, et la « *garantie des droits* » posée par l'article 16 du même texte, ne pouvaient être effectifs que si les citoyens disposaient « *d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* ». Le Conseil constitutionnel a ajouté qu'une telle connaissance était, en outre, « *nécessaire à l'exercice des droits et des libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5 aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* »[1904]

L'accessibilité de la norme paraît ici étroitement associée à l'intelligibilité de celle-ci, mais c'est avant tout un préalable : une norme juridique accessible peut être inintelligible. Il paraît compliqué, en revanche, de comprendre une règle qu'on ne connaît pas parce qu'on ne peut pas y avoir accès.

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité a donc été utilisé, postérieurement à la décision de 1999, pour contester certains actes administratifs. Le Conseil d'Etat a reçu le raisonnement dans une décision du 8 juillet 2005[1905], qui a été confirmé dans sa jurisprudence par un arrêt du 24 mars 2006 [1906]. Evidemment, cette obligation d'intelligibilité et d'accessibilité ne se limite pas à la seule branche du droit administratif, et le fait d'évoquer un principe constitutionnel s'appliquant à la « *norme* » et non à la seule « *loi* » étend le champ de son application à l'ensemble du droit positif, et particulièrement à la jurisprudence.

[1903] Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999, J.O. du 22 décembre 1999, p. 19041.

[1904] 13e considérant.

[1905] CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT*, Req. n° 266900. Cet arrêt, qui reconnaît la validité du moyen de « *clarté et d'intelligibilité de la norme* » constitue un revirement de la jurisprudence du Conseil d'Etat puisque dans ses arrêts précédents, pourtant postérieurs à la décision du Conseil constitutionnel de 1999, la juridiction avait refusé de donner des effets juridiques au principe : CE, 18 octobre 2002, *Catsiapis*, Req. n° 242896, et CE, 18 février 2004, *Commune de Savigny-le-Temple*, Req. n° 251016.- JENNEQUIN Anne, « L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Plaidoyer pour une déjuridisation de l'intelligibilité de la norme », *RFDA*, 2009, p. 913.

[1906] CE, 24 mars 2006, *KPMG*, *Req. n°* 288460, 288465, 288474, 288485. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat reconnaît la validité du moyen fondé sur « *la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme* ».

Cette obligation se trouve renforcée à l'heure de la réception, en droit interne, de normes créées par la Cour européenne des droits de l'homme, qui donne une importance accrue à la jurisprudence. La France a fait le choix de la rendre accessible, de manière large et gratuite.

La publicité, préalable à l'existence de la règle de droit. « *Les lois ne pouvant obliger sans être connues, nous nous sommes occupés de la forme de leur promulgation. Elles ne peuvent être notifiées à chaque individu. On est forcé de se contenter d'une publicité relative, qui, si elle peut produire à temps dans chaque citoyen la connaissance de la loi à laquelle il doit se conformer, suffit au moins pour prévenir tout arbitraire sur le moment où la loi doit être exécutée* » déclarait Portalis au début du XIXe siècle[1907], qui ajoutait : « *Le pouvoir judiciaire, établi pour appliquer les lois, a besoin d'être dirigé, dans cette application, par certaines règles. Nous les avons tracés : elles sont telles, que la raison particulière d'aucun homme ne puisse jamais prévaloir sur la loi, raison publique.* »[1908]

Le préambule de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 pose que « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernement* ». Pour que ces règles ne soient ni ignorées, ni oubliées, il importe donc qu'elles soient connues de tous, que chacun, « *tous les Membres du corps social* » dit le préambule, en soit le défenseur.

L'Assemblée constituante organisa ce principe par un décret du 2 novembre 1790 qui établit qu'une loi ne pouvait être exécutée que si elle avait été acceptée par le roi, transcrite et publiée. Cette loi ne devenait obligatoire pour tous qu'à partir du moment où elle avait été publiée par le corps administratif ou par le tribunal d'arrondissement, une seule publication par un de ces deux corps suffisant. Le même décret prévoyait que la publicité pouvait se faire par lecture, placards ou affiches. La Convention décida qu'un bulletin des lois serait désormais imprimé et envoyé à toutes les autorités publiques. La loi de la Nation, devait être promulguée, en tout lieu du pays, dans les vingt-quatre heures après sa réception par une publication annoncée à son de trompe ou de tambour. Ce mode sonore de publication fut supprimé par un décret du 12 Vendémiaire an III. Le principe d'un bulletin officiel des lois y fut maintenu, bulletin que le ministère de la Justice était chargé d'adresser à une liste de personnes titulaires de fonctions publiques[1909] déterminée par décret.

[1907] PORTALIS Jean, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement consulaire », in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1844, p. 17.
[1908] *Ibid*., p. 18.
[1909] Les présidents des juridictions départementales et municipales et un certain nombre de fonctionnaires.

Toute loi a besoin d'un législateur ; toute loi s'applique à un peuple. C'est la question de ce rapport que Portalis a approfondi. « *Entre la loi et le peuple pour qui elle est faite, il faut un moyen ou un lien de communication : car il est nécessaire que le peuple sache ou puisse savoir que la loi existe et qu'elle existe comme loi* »[1910], précisa-t-il à l'aube de la codification napoléonienne. « *La promulgation est le moyen de constater l'existence de la loi auprès du peuple, et de lier le peuple à l'observation de la loi. Avant la promulgation, la loi est parfaite relativement à l'autorité dont elle est l'ouvrage ; mais elle n'est point encore obligatoire pour le peuple en faveur de qui le législateur dispose. La promulgation ne fait pas la loi ; mais l'exécution de la loi ne peut commencer qu'après la promulgation de la loi : Non obligat lex nisi promulgata. La promulgation est la vive voix du législateur.* »[1911] Et Portalis s'attacha à faire adopter un texte qui se souciait de l'effectivité du principe, grâce au moyen de l'impression.

Cette conception française de la diffusion de la règle de droit, s'appliqua selon le même esprit et des instruments analogues à la diffusion de la jurisprudence pénale : le prononcé public de la décision tient lieu de promulgation de la solution juridique. Ce moyen a, cependant, vite paru insuffisant, et le législateur révolution a emprunté au Bulletin des lois le principe d'un Bulletin de la jurisprudence.

Le Bulletin des arrêts du Tribunal puis de la Cour de cassation. La diffusion des décisions judiciaires, surtout lorsqu'elles émanent de la juridiction suprême, présente un autre intérêt qu'une publicité, fondée sur le principe de l'insertion obligatoire, et décidée à titre de peine ou pour permettre de faire connaître largement l'innocence d'une personne. Elle permet de faire connaître l'état de la jurisprudence et d'atteindre le but principal qui a présidé à la création du Tribunal de cassation : l'unification de la norme juridique en France.

Cette volonté de diffuser la jurisprudence a conduit les Révolutionnaires à créer un Bulletin des arrêts de la juridiction suprême, plus économique et plus efficace, afin que ses décisions pénètrent l'ensemble du territoire de la République. La décision a été prise par un arrêté du Directoire exécutif du 28 vendémiaire an V[1912]. Deux bulletins furent institués. L'un qui regroupait les arrêts de la section civile du Tribunal de cassation. Un autre qui présentait les

[1910] PORTALIS Jean, « Exposé des motifs du projet de loi intitulé : Titre préliminaire, de la publication, des effets et de l'application des lois en général, présenté le 4 Ventose an IX », in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1844, p. 147.
[1911] *Ibid*, pp. 147-148.
[1912] 19 octobre 1796.

décisions de la section criminelle. Le périodique débuta avec les décisions rendues à partir du 1er vendémiaire an VII[1913].

L'arrêté du Directoire exécutif organisant la publication de ce Bulletin est imprimé à la première page de l'édition originale. Il énonce :

« *Le Directoire exécutif, vu l'arrêté du 28 vendémiaire an 5, d'après lequel la forme de Bulletin a été substitué aux placards et aux in-4.° pour l'impression des jugemens du tribunal de cassation, ordonné par l'article 22 du titre Ier de la loi du 1er décembre 1790* » ;

« *Considérant que le changement dans le mode d'impression, effectué par des motifs d'économie et d'utilité, est encore susceptible de modifications au moyen desquelles le même but serait rempli avec plus d'avantage, et que l'on peut rendre le recueil des jugemens tout à la fois plus instructif et moins volumineux, en faciliter même l'acquisition par la voie d'abonnement, comme on le pratique à l'égard du Bulletin des lois, propager ainsi la connaissance de décisions qui ne doivent pas être concentrées dans l'enceinte des tribunaux ; que pour cela il suffit d'insérer le vu des pièces et les requêtes qui précédent le dispositif des jugemens, de substituer à ces détails, souvent très étendus et presque toujours étrangers aux questions de forme sur lesquelles frappent ordinairement les décisions du tribunal, une analyse succincte des faits qui auraient motivé les jugemens , et d'offrir dans un cadre plus resserré le tableau des erreurs à éviter pour tenir une procédure régulière et suivre le vœu de la loi* »

« *Ordonne : Art. 1er. Les Bulletins des jugemens rendus par le tribunal de cassation , continueront d'être divisés en deux séries : l'une pour les matières civiles ; l'autre pour les matières criminelles, correctionnelles et de police* ».

- « *II. A compter du 1er vendémiaire de l'an 7, chaque jugement sera précédé d'une analyse exacte, présentant la question à décider ; le dispositif sera ensuite inséré en entier* ».

- « *III. Outre les jugemens qui auront annullé des procédures, le Bulletin renfermera ceux de rejet et de règlement de juges, qui décideront des questions importantes, et dont le ministre de la Justice croira l'impression utile* »[1914].

Le « *Bulletin des jugemens*[1915] *du Tribunal de cassation rendus en matière criminelle* » fut imprimé jusqu'en 1804 et devint, à la création de la cour de cassation, le « *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* ». D'abord uniquement consacré aux

[1913] 22 septembre 1798.
[1914] Nous avons reproduit cet arrêté avec son orthographe d'époque.
[1915] Même remarque.

arrêts de cassation, le Bulletin publia aussi, par la suite, les arrêts de rejet dans lesquels peuvent aussi se trouver des décisions de principe.

Depuis le 1er janvier 2008, le « *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle* » est dématérialisé et peut être lu, sous sa forme numérique, sur le site de la Cour de cassation[1916].

Le raisonnement de 1796 fondé sur des « *motifs d'économie et d'utilité* » est toujours d'actualité et conduit à s'interroger sur la dématérialisation des procédures et de la diffusion de la jurisprudence, qui permet d'atteindre « *le même but* […] *avec plus d'avantage* ».

Si, selon l'approche d'Aristote, la justice est la publicité de la vertu, la qualité d'une décision judiciaire peut aussi s'apprécier à l'aune de sa diffusion. Quel est, en effet, la décision judiciaire la plus efficace : l'arrêt ciselé qui ne dépasse pas le cercle de l'auditoire et de quelques spécialistes, ou la décision entrant dans chaque foyer et chaque esprit ? Cette effectivité est désormais possible grâce à la numérisation et la communication électronique.

B. Une effectivité de la diffusion renforcée par la numérisation

La dématérialisation des procédures. « *La dématérialisation des données publiques signifie la dématérialisation des institutions de la République* » écrit Mme Roques-Bonnet[1917]. La dématérialisation des procédures judiciaires signifie la dématérialisation de la Justice. Et le développement d'Internet et de la communication électronique reconstruit une nouvelle forme de rapport aux institutions : « *Alors que, hors ligne, l'accès aux services publics est compartimenté, et traditionnellement hiérarchisé, l'accès aux services de l'e-administration est interactif, ouvert et décloisonné. En ce sens, l'Internet offre une nouvelle arborescence administrative, tournée vers l'objectif de rentabilité des services et de satisfaction des usagers* ».[1918]

Le principe de « *l'administration de rénovation de l'Etat par l'administration électronique* » a été initié le 16 janvier 1998 par le lancement du Plan d'action gouvernementale pour la société d'information (PAGSI) lors du Comité interministériel pour la société d'information (CISI). Le PAGSI a permis de préparer la création de sites Internet publics et de s'engager vers une mise en ligne des formulaires administratifs. Deux phases apparaissent distinctement : de 1998 à 2001, l'action a surtout consisté en une préparation, interne aux services de l'Etat,

[1916] http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_arrets_chambre_criminelle_2712/
[1917] ROQUES-BONNET Marie-Charlotte, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Paris, Michalon, 2010, p. 23.
[1918] *Idem.*

avec des bases de données dont l'accès était réservé aux agents publics. Ces services ont été ouverts au grand public à partir de la création, le 15 novembre 2001, du Comité Interministériel à la réforme de l'Etat[1919]. Cette nouvelle dimension a été actée par le programme gouvernemental RE/SO 2007[1920] qui devait « *mettre l'administration à l'heure de la société de l'information* » en passant « *à la deuxième phase de l'administration électronique* » se caractérisant par la dématérialisation des procédures après une première phase qui avait été marquée par *« la généralisation progressive de la possibilité de télécharger les formulaires.* »[1921]

Des bases numériques de données juridiques dès les années soixante. En matière de base de données juridiques, la France s'est située à l'avant-garde de l'évolution puisque dès le 30 novembre 1965[1922], la loi lançant le Ve plan permit de créer la délégation à l'informatique et des laboratoires informatiques qui lancèrent le plan « *Calcul* »[1923]. La matière juridique fut la première application du projet informatique d'établissement de bases de données[1924]. Dès 1968, l'idée d'utiliser cette nouvelle technologie en matière juridique prit forme à l'Université de Montpellier avec l'Institut de recherche et d'études pour le traitement de l'information juridique (IRETIJ), sous la direction du professeur Pierre Catala. Nous devons à ce dernier la théorie des abstracts. L'année suivante, c'est la faculté de droit de Sceaux qui créa un Institut de recherche en informatique juridique (IRIJ) sous la direction du professeur Jean-Paul Buffelan-Lanore. Le 16 avril 1970, le Centre d'études et d'information juridiques (CEDIJ), rattaché aux services du Premier ministre, fut créé avec pour mission de mettre le Journal officiel et le droit français sous la forme de bases de données informatiques. Une première base de données se mit alors en place grâce à la collaboration de l'IRIJ de Sceaux et des éditions Masson. Cette première base de données juridiques généralistes prit pour nom « *Jurindex* ». Ce fut un échec commercial et l'expérience fut arrêtée dès 1972. A cette date, l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) commença à commercialiser, à partir de 1974, « *Jurinpi* », spécialisée dans la propriété intellectuelle.

[1919] Pour une présentation complète : BRAUN Gérard, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'administration électronique au service du citoyen*, annexe au procès-verbal de la séance du Sénat du 6 juillet 2004.
[1920] *Pour une République numérique dans la Société de l'information* présenté le 12 novembre 2002 par le Premier ministre, M. Jean-Pierre Raffarin.
[1921] Rapport Braun, *op. cit.*
[1922] Loi 65-1001 du 30 novembre 1965.
[1923] Pour une histoire des bases de données en France : FROCHOT Didier, *Histoire des bases de données juridiques en France (1) : les origines*, www.les-infostrateges.com, mise en ligne le 16 novembre 2005.
[1924] DE LA PRESLE Anne, « La réorganisation de l'informatique juridique documentaire en France », *ADJA*, 1986, pp. 343-358.

La multiplication des bases de données à partir de la fin des années 70. L'essor de la technologie informatique permit le développement des bases de données juridiques, principalement à finalité commerciale, à partir de la fin des années 70. « *LEX* », le fichier législatif du Secrétariat général du gouvernement fut informatisé à partir de 1977. « *LEGI* » compila à partir de 1978 le texte intégral des lois, codes et décrets. « *JADE* » était une base de données de droit administratif. « *DIVA* » proposait la doctrine relative aux autorités administratives indépendantes. « *CASS* » fut la première base numérique de jurisprudence de la Cour de cassation. « *QUESTA* » regroupa les questions parlementaires. L'hebdomadaire « *Le Point* » s'associa, à travers sa filiale *Téléconsulte*, à une société américaine spécialisée dans la fourniture de textes intégraux : *LexisNexis*[1925]. *Lexis France* commenca à saisir informatiquement l'intégralité des Journaux officiels, ainsi que les arrêts collectés aux greffes de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. En quelques années, cette base de données est devenue la plus importante en France : non seulement elle remonte jusqu'aux années 60, mais, en plus, elle compile tous les arrêts de la Cour de cassation, c'est-à-dire même les arrêts qui n'ont pas été publiés au Bulletin[1926].

L'émergence d'un service public d'accès au droit. Face à ce foisonnement de bases de données qui, pour être payantes n'en étaient pas moins parfois financées partiellement par l'argent du contribuable, émergea, au début des années 1980, l'idée d'un service public d'accès au droit. La remise au premier ministre du rapport dit Leclercq[1927], fut suivi, dès l'année suivante par le décret du 24 octobre 1984 « *relatif au service public des bases de données juridiques* »[1928]. Ce premier texte prévoyait de proposer, outre les textes des traités, lois, règlements, instructions et circulaires, les décisions du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel et de la Cour des comptes. Le choix des décisions juridictionnelles à diffuser était laissé à l'appréciation des juridictions qui devaient fournir les documents, voire les informations déjà enregistrées sur un support informatique.

[1925] En 2010, *LexisNexis* est propriétaire, en France, des marques *Litec* et *JurisClasseur* et emploie 600 personnes réparties sur trois sites.
[1926] FROCHOT Didier, *préc.*
[1927] LECLERCQ Pierre, BARBET Louis, SCHOETL Jean-Eric, *Rapport de mission sur les banques de données juridiques française*, Paris, Documentation française, 1983.
[1928] Décret n° 84-940 du 24 octobre 1984 relatif au service public des bases de données juridiques, J.O. du 25 octobre 1984, p. 3336.

Le plus intéressant se trouve néanmoins dans la circulaire d'application, en date du 11 février 1985[1929] signée par M. Laurent Fabius, Premier ministre : l'utilisation des bases de données juridiques « *par* [l]*es agents* [du gouvernement], *et par leur communication tant aux citoyens qu'aux institutions qui ont pour mission d'élaborer la législation, de la faire respecter et de dire le droit*. [Le gouvernement] *est tenu ainsi à garantir le respect de certains principes de service public tels que la neutralité des sélections ou l'égalité d'accès à l'information administrative, ce qui peut l'amener à étendre des enregistrements à des secteurs autres que ceux paraissant le plus rapidement rentables. Il doit, en outre, veiller à ce que soient assurées en ce domaine l'indépendance nationale ainsi que la sauvegarde du système juridique français et de son influence.* »[1930] Le principe qui semblait s'esquisser dans le décret fut précisé dans la circulaire : « *désormais il importe que* […] *chaque administration ou juridiction se découvre la vocation à être « producteur » de ses propres informations* ». Cette précision du Premier ministre n'est pas dénuée d'importance en matière juridique. Elle suit, en effet, une des préconisations du rapport Leclercq qui tendait à placer la jurisprudence des plus hautes juridictions au même niveau que les textes de loi.

Une base de données publique et gratuite. L'idée d'un « *service public des bases de données juridiques* » se concrétisa dans un décret de 1996[1931] qui indique que ce service « *vise à rassembler et à mettre sous forme de bases de données informatisées en vue de leur consultation par voie ou support électronique, le texte et les éléments de description et d'analyse documentaire : des traités et accords internationaux publiés ; - des lois et règlements ; - des documents publiés au Journal officiel des Communautés européennes ; - des instructions et circulaires publiées conformément aux dispositions de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée ; - des conventions collectives nationales ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension ; - des décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits ; - des arrêts de la Cour de cassation et de la Cour des comptes ; - des jugements des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs ; - des décisions des cours et tribunaux judiciaires ; - des décisions des chambres régionales des comptes ; - des arrêts de la Cour de justice et du tribunal de première instance des Communautés*

[1929] Circulaire du Premier ministre aux ministres et secrétaires d'Etat du 11 février 1985 relative au service public des bases de données juridiques, J.O. du 7 mars 1985.
[1930] Cette question de l'influence du droit français par sa diffusion était reprise un peu plus bas dans cette même circulaire qui fixait comme but à l'action à engager le fait d'« *assurer la compétitivité internationale des banques de données françaises et favoriser ainsi la diffusion de notre culture juridique* ».
[1931] Décret n° 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques, J.O. du 4 juin 1996, p. 8216.

européennes ; - des arrêts de la cour et des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme ; - des actes publiés des autorités administratives indépendantes ; - d'autres documents officiels de caractère juridique dont les catégories sont fixées par arrêté conjoint du Premier ministre et du ou des ministres intéressés ». Le texte définit, dans son article 2 les « bases de données informatisées », qui signifie, au sens de ce décret, « *un ensemble cohérent et structuré d'informations autorisant des recherches croisées sur tout ou partie des zones d'identification, des liens ou du texte des documents la constituant* ».

Dans une décision de 1997, le Conseil d'Etat, saisi par l'Ordre des avocats du barreau de Paris qui demandait l'annulation du décret de 1996 relatif au service public des bases de données juridiques[1932], qualifiait le service public des bases de données juridiques de *« service public par nature* »[1933]. Dans ses conclusions, M. Combrexelle, commissaire du Gouvernement, soulignait notamment que « *la diffusion de la norme juridique ou de l'information qui s'y rattache occupe une place particulière, l'existence même de la société de droit reposant sur le postulat selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Ce postulat implique que l'Etat, entendu dans son sens le plus large, prenne, au nom de l'intérêt général, les mesures permettant la diffusion et la compréhension de la norme bien au-delà de la sphère étroite des pouvoirs publics* ». S'il appelait de ses vœux la diffusion gratuite sur Internet des données publiques, M. Combrexelle apercevait, en 1996, une limite à ce souhait : les difficultés techniques d'un tel projet nécessitait la saisie des données diffusées sur papier, leur codage informatique et la structuration logique de leur présentation. Il s'interrogeait donc sur le coût d'une telle entreprise, en soulignant qu'il n'existait « *en l'état du droit positif aucune disposition de droit national ou communautaire ni aucun principe du droit qui impos*[ait], *de façon générale, la gratuité des données publiques sous une forme informatique* ». S'engager dans la constitution d'un tel service relevait donc, à son sens, de la décision politique. Pour M. Combrexelle, toutefois, il paraissait naturel d'admettre que « *l'Etat, entendu au sens large, principal producteur de données publiques dans le cadre de l'exercice de ses activités régaliennes d'édiction de normes et des décisions de justice puisse instituer un service public visant à recueillir et à diffuser les bases de données constituées par ses propres services* ». A son sens, le service public devait répondre à quatre priorités, qui devaient donc être aussi celles d'une base publique de données juridiques : assurer l'exhaustivité de l'information, sans opérer de discriminations à partir de la valeur marchande des informations. Etre garant de la qualité de

[1932] Ils contestaient le texte en craignant qu'il permette de placer sous un monopole étatique les données juridiques, qui ne pourraient plus, alors, qu'être exploitées qu'indirectement par les sociétés privées, à des coûts que fixeraient l'Etat.

[1933] C.E., 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris,* Req. n° 181611.

l'information. Assurer la diffusion la plus large possible de l'information juridique. Respecter l'activité privée et les règles de la concurrence.

Dans sa décision, le Conseil d'Etat souligna que « *la mise à disposition et la diffusion de textes, décisions et documents juridiques de la nature de ceux mentionnés à l'article 1er, précité, du décret attaqué, dans des conditions adaptées à l'état des techniques, s'appliquant, sans exclusive ni distinction, à l'ensemble de ces textes, décisions et documents – et notamment de ceux dont la diffusion ne serait pas économiquement viable – et répondant aux exigences d'égalité d'accès, de neutralité et d'objectivité découlant du caractère de ces textes, constituent, par nature, une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'Etat de veiller* » et jugea que le « *décret attaqué n'a pas d'autre objet que d'organiser le service public des bases de données juridiques ainsi défini* ».

La création de « *Legifrance* ». Ce service public de la diffusion du droit par Internet (SPDDI) a débuté de façon expérimentale par l'ouverture d'un site internet[1934], le 2 février 1998 à l'adresse . A cette date, l'accès à Internet des ménages était encore très faible, le site était difficilement accessible, et lorsqu'on parvenait à se connecter le plus difficile restait à faire, tant l'organisation de la recherche des arrêts dans la base de données était d'une grande complexité.

Un arrêté, en date du 6 juillet 1999[1935], consacra la création de ce site balbutiant pris en charge par les services du Premier ministre. L'arrêté indiquait : « *Il est créé par le secrétariat général du Gouvernement un site Internet intitulé « Legifrance », qui a vocation à diffuser gratuitement des données juridiques publiques. Il comporte des traitements automatisés d'informations nominatives dont les finalités sont : – la diffusion du Journal officiel de la République française ; – la distribution sélective de certaines données ; la gestion du courrier électronique déposé par les usagers* ».

Le service public de diffusion du droit par Internet (SPDDI) fut organisé par un décret du 7 août 2002[1936]. Ce texte a créé un service qui a pour objet de faciliter l'accès gratuit du public aux textes en vigueur et à la jurisprudence. Concernant ce dernier point, il permet un accès aux décisions et arrêts du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, du Tribunal des conflits, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Commission européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice des communautés européennes, du

[1934] www.legifrance.gouv.fr
[1935] Arrêté du 6 juillet 1999 relatif à la création du site Internet Légifrance, J.O. du 13 juillet 1999, p. 10406.
[1936] Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet. J.O. du 9 août 2002, p. 13655.

Tribunal de première instance des communautés européennes ainsi qu'à une sélection des jurisprudences administratives.

Ces données sont proposées grâce à la mise en service d'un site placé sous la responsabilité du secrétaire général du Gouvernement et exploité par la Direction des Journaux officiels. Le site *Légifrance* fut créé juridiquement par le décret de 2002, même s'il était en service depuis 1998. Le site est un portail, qui héberge des bases de données mais renvoie également, par des liens hypertextes, à d'autres sites publics français ou étrangers.

Les bases de données sont : *LEGI* (codes, lois et règlements dans leur version consolidée), *JORF* (documents tels que publiés dans l'édition « *lois et décrets* » du Journal officiel), *KALI* (convention collectives nationales étendues), *CONSTIT* (décisions du Conseil constitutionnel), *CASS* (arrêts de la Cour de cassation publiés au Bulletin ; la base remonte à 1960), *INCA* (arrêts inédits de la Cour de cassation ; la base remonte à 1984), *CAPP* (arrêts des cours d'appel), *JADE* (décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits, décisions des cours administratives d'appel , sélection de décisions des tribunaux administratifs ; la base remonte à 1968), *CNIL* (délibérations de la CNIL).

Par ailleurs, des liens hypertextes renvoient au site de la Cour des comptes pour les décisions des juridictions financières, aux sites de chaque ministère pour les bulletins officiels, la direction générale des impôts pour la documentation fiscale et à la base *PACTE* du ministère des affaires étrangères pour les conventions internationales.

Concernant les arrêts et jugements rendus par les juridictions de l'ordre judiciaire, Legifrance avait vocation à remplacer *Jurifrance*[1937], qui était un service payant permettant d'accéder à la base de données *Jurisdata*, produite par les éditions *Lexis-Nexis*[1938]. Le nouveau service accessible gratuitement sur Légifrance concerne une sélection de décisions de tribunaux et de cours d'appels. Ces décisions sont choisies pour leur pertinence par les présidents de chambre des cours d'appel ou les présidents des tribunaux. L'ajout d'un résumé de la décision et des mots-clés est réalisé par les cours d'appels, selon les indications méthodologique du service de documentation de la Cour de cassation.

La diffusion publique de la jurisprudence. La jurisprudence doit être accessible au public. Un « *service de documentation et d'études* », rattaché à la Cour de cassation, a donc été créé. Son activité est organisée par l'article R 433-3[1939] du Code de l'organisation judiciaire : « *Le*

[1937] *Légifrance* (gratuit) et *Jurifrance* (payant) ont cohabité de 1998 à 2002.
[1938] Ce fonds de données judiciaires est constitué par plus de 500.000 arrêts de cours d'appel.
[1939] Créé par un décret n° 2008-522 du 2 juin 2008.

service de documentation et d'études tient une base de données rassemblant, sous une même nomenclature, d'une part, les décisions et avis de la Cour de cassation et des juridictions ou commissions juridictionnelles placées auprès d'elle, publiés ou non publiés aux bulletins mensuels mentionnés à l'article R 433-4, d'autre part, les décisions présentant un intérêt particulier rendues par les autres juridictions de l'ordre judiciaire. A cet effet, les décisions judiciaires présentant un intérêt particulier sont communiquées au service, dans les conditions fixées par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, par les premiers présidents des cours d'appel ou directement par les présidents ou juges assurant la direction des juridictions du premier degré. La base de données est accessible au public dans les conditions applicables au service public de la diffusion du droit par l'internet. Le service de documentation et d'études tient une base de données distincte rassemblant l'ensemble des arrêts rendus par les cours d'appel et décisions juridictionnelles prises par les premiers présidents de ces cours ou leurs délégués. Les conditions dans lesquelles ces arrêts et décisions sont transmises au service et exploitées par celui-ci sont fixées par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice ».

De manière plus classique, deux bulletins mensuels sont édités chaque mois. L'un pour la chambre criminelle, l'autre pour les chambres civiles. La décision de publier un arrêt dans le Bulletin mensuel de la Cour de cassation appartient au président de la formation qui l'a rendu[1940]. Depuis janvier 2008, les bulletins de la chambre criminelle de la Cour de cassation sont diffusés sous forme numérique (format pdf) sur le site Internet de la cour de cassation.

§ 2. Les nouvelles technologies : des craintes mais une opportunité historique

Les nouvelles technologies sont de nature à renforcer l'effectivité de la diffusion de la jurisprudence et à élever la connaissance du public au sujet du fonctionnement des tribunaux.

[1940] Art. R 433-4 du Code de l'organisation judiciaire (Décret n° 2088-522 du 2 juin 2008) : « *Le service de documentation et d'études établit deux bulletins mensuels, l'un pour les chambres civiles, l'autre pour la chambre criminelle, dans lesquels sont mentionnés les décisions et avis dont la publication a été décidée par le président de la formation qui les a rendus. Le service établit des tables périodiques* ».

Cette évolution, par le changement d'échelle de la diffusion, n'est cependant pas sans danger, qu'il s'agisse de l'utilisation de la technologie numérique (A) ou de celle des techniques audiovisuelles toujours plus performantes (B).

A. Les nouveaux dangers de la numérisation

L'utilisation des données de *Légifrance*. Le décret de 2002 a prévu la gratuité de l'accès aux données se trouvant sur le site *Légifrance*. Toutefois, leur réutilisation est soumise à certaines contraintes. Il est tout d'abord nécessaire de respecter le droit d'auteur[1941] pour certains éléments, principalement pour les abstracts, les traductions en langue étrangère, les résumés de décisions ou de textes légaux et les plans de classement utilisés sur le site. Cette protection, toutefois, n'emporte pas de conséquences patrimoniales mais porte sur l'obligation d'indiquer la source de ces données pour des réutilisations dépassant le cadre de l'usage privé[1942].

Par ailleurs, toutes les bases de données du site sont protégées par les dispositions du titre IV du livre III du Code de la propriété intellectuelle, qui subordonne à l'obtention d'une licence toute extraction[1943] ou réutilisation de « *parties quantitativement ou qualitativement substantielles du contenu* » d'une des bases. Est considérée comme qualitativement substantielle l'extraction d'un ensemble d'une base de données[1944], le titulaire de la licence devant supporter le coût de l'extraction et la mise à disposition[1945]. Est considérée comme quantitativement substantielle, l'extraction de plus du dixième du flux annuel[1946] des bases se trouvant sur le site. En cas de dépassement de ce niveau d'extraction, la signature d'une licence est obligatoire, mais n'entraîne pas de coût pour l'utilisateur. Les différentes licences proposées pour extraire des données du site *Légifrance* poursuivent, en réalité, des buts communs : garantir la fiabilité et le respect de l'intégrité des données diffusées. Ainsi, le signataire de la licence doit-il s'engager à « *respecter l'intégrité des données mises à sa disposition, en veillant à ce que la teneur et la portée des textes et décisions de justice ne soient pas altérées, notamment par des retraitements (modifications des textes, insertion de commentaires sans que ceux-ci puissent être clairement distingués du texte authentique, coupes altérant le sens de l'acte) de nature à induire le lecteur en erreur, à indiquer les*

[1941] Article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.
[1942] Article L 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.
[1943] La pose de liens hypertextes renvoyant vers le site *Légifrance* depuis un site source n'est pas une extraction.
[1944] Des bases JADE, CASS, INCA, CAPP, CONSTIT, LEGI, KALI, JORF et CNIL.
[1945] Les données sont livrées sur le site dédié au format informatique XML.
[1946] Ce qui représentait en 2010, 2500 textes pour la base des Journaux officiels, 400 textes pour la base LEGI hors code, et 1000 documents pour la base KALI.

sources des données rediffusées, la date de leur dernière mise à jour et à les assortir des indications utiles pour apprécier la nature et l'origine de l'acte (date, intitulé, auteur…). »[1947]

La base de données Data. Par une circulaire datée du 26 mai 2011[1948], M. François Fillon, Premier ministre, a précisé les conditions de mise en place d'un portail unique d'accès Internet aux données publiques à l'adresse www.data.gouv.fr. Le principe de la création de cette base de donnée intitulée « *Data* », a été décidé le 30 juin 2010 lors d'un conseil de modernisation des politiques publiques. Sa mise en activité afin la fin de l'année 2011 a été annoncée à l'issue du conseil des ministres du 24 novembre 2010. La mission « *Etalab* » chargée de concevoir ce portail unique et de coordonner l'action des administrations publiques a été créée par un décret du Premier ministre en date du 21 février 2011. M. Fillon a précisé cette démarche, sans sa circulaire du 26 mai 2011 : « *En mettant à disposition ses données publiques, l'Etat participe à la construction de la société numérique. Cette stratégie d'ouverture des données publiques (« Open Data ») illustre l'ambition de la politique industrielle et d'innovation du gouvernement.* […] *« Data.gouv.fr » proposera des services en ligne afin de renforcer la transparence de la vie publique et la confiance des citoyens dans les institutions de la République. Ces services mettront en valeur le travail des administrations, contribueront à la transparence de l'action de l'Etat et éclaireront le débat public. Ils enrichiront ainsi la vie de notre démocratie* ».

Le décret n° 2011-194 du 21 février 2011, qui définit les objectifs de la mission « *Etalab* », précise qu'il s'agit de « *mettre à disposition librement l'ensemble des informations publiques de l'Etat* ». Parmi les exceptions au caractère public des informations, l'annexe II à la circulaire retient celles « *contenues dans des documents dont la communication ne constitue pas un droit en application des articles 1er à 9 de la loi du 17 juillet 1978 ou d'autres dispositions législatives , sauf si ces informations font déjà l'objet d'une diffusion publique* ». Le même texte ajoute : « *Les informations publiques qui comportent des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation si la personne concernée y a consenti, ou si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet (art. 13 de la loi). Ces réutilisations*

[1947] http://www.legifrance.gouv.fr/html/licences/licences_notice.htm#1. Pour un exemple de contrat de licence type : http://www.legifrance.gouv.fr/html/licences/licences_contrat.htm.

[1948] Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques. J.O. du 27 mai 2011, p. 9140.

sont en outre subordonnées au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

La jurisprudence judiciaire se trouve au cœur de cette problématique.

La prise en compte du danger du fichage informatique. Dès la fin des années soixante, plusieurs Etats, dont les Etats-Unis et le Canada, se sont inquiétés des menaces que faisait peser sur les libertés individuelles le développement de l'informatique. Le Land allemand de Hesse adopta, dès 1970, une loi relative « *au traitement automatisé des informations nominatives* », qui trouva une consécration, en novembre 1976, dans une loi fédérale.

En 1973, les parlementaires suédois adoptèrent une loi encadrant le traitement informatique des informations nominatives.

En 1974, un *Privacy Act* entra en application aux Etats-Unis, pour protéger la vie privée des habitants de ce pays contre les utilisations pouvant être faites des fichiers informatiques détenus par l'administration américaine. Le principe d'un droit d'accès des individus aux informations nominatives les concernant était notamment posé.

Ces questions occupèrent la doctrine, notamment les publicistes, au début des années 70 en France. En 1970, le député Michel Poniatowski proposa la création d'un comité de surveillance et d'un tribunal de l'informatique en soutenant : « *Dans quelques années le citoyen sera totalement incapable de contrôler l'utilisation pratique et généralisée des renseignements fournis par le matériel informatique* ».[1949]. Cette proposition fut rejetée par l'Assemblée nationale.

La recommandation d'encadrer plus strictement l'usage des données personnelles, envoyée en 1971 au gouvernement par le Conseil d'Etat, resta également lettre morte.

Ces craintes furent, à nouveau, exprimées par Adolphe Touffait, procureur général près la Cour de cassation, qui dans une intervention devant l'Académie des Sciences morales et politiques, le 9 avril 1973, déclara : *« La dynamique du système qui tend à la centralisation des fichiers risque de porter gravement atteinte aux libertés et même à l'équilibre des pouvoirs politiques* »[1950].

La nature du danger représenté par l'outil informatique pour les libertés individuelles commença à être débattue dans l'espace public à partir de la publication, le 21 mars 1974,

[1949] PONIATOWSKI Michel, Proposition de loi tendant à la création d'un Comité de surveillance et d'un Tribunal de l'informatique, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 octobre 1970. Annexe au procès-verbal de la séance du 25 novembre 1970. N° 1454.

[1950] Cité in « Safari ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974.

d'un article du Monde intitulé *« Safari, ou la chasse aux Français »*[1951]. Le grand public apprit alors que depuis 1970, l'INSEE avait informatisé le répertoire d'identification et le numéro national d'identification de tous les Français, afin d'obtenir un identifiant unique pour les fichiers de toutes les administrations publiques. C'était sur le fondement de ce travail de l'INSEE que le ministère de l'Intérieur s'apprêtait à mettre en activité un système informatique intitulé SAFARI (Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus). En 1974, la manière particulièrement opaque dont ces décisions avaient été prises, alors qu'elles concernaient la protection de la vie privée pour laquelle le Parlement avait adopté une loi quatre ans plus tôt, suscita une telle émotion parmi la population que le Gouvernement dut faire marche arrière et stopper le projet.

L'idée de Michel Poniatowski fut reprise au Sénat, quelques jours après la publication de l'article du Monde, par M. Henri Cavaillet, qui avançait : « *Il est également évident que la faculté de mémoire de ces mêmes ordinateurs et la rapidité d'exploitation des renseignements qu'ils enregistrent en font de redoutables « enquêteurs » dont nous ne pouvons pas savoir pour quels motifs ils seront utilisés.* »[1952]

Par un décret du 8 novembre 1974, le Premier ministre demanda au Garde des sceaux de créer une commission chargée « *de proposer au gouvernement, dans un délai de six mois, des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs public, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques* ». Cette commission rendit le 27 juin 1975 un rapport rédigé par le Conseiller d'Etat Bernard Tricot et le Professeur Pierre Catala. Ce rapport constitua le fondement d'un projet de loi déposé le 9 août 1976, débattu à partir du 4 octobre 1977 et qui a abouti à la loi du 6 janvier 1978 « *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* ».

La loi du 6 janvier 1978. L'article 1er de la loi du 6 janvier 1978 disposait que « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen* […] *Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ». Le texte encadrait la gestion des bases de données informatiques, dès lors que celles-ci contenait des informations « *nominatives* », qui permettent d'identifier, directement

[1951] BOUCHER Philippe, « Safari ou la chasse aux Français », *Le Monde*, 21 mars 1974. L'article dénonçait le secret qui entourait l'utilisation de l'informatique par l'administration, et l'absence de débats publics à ce sujet.
[1952] CAVAILLET Henri, Proposition de loi tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'informatique. Annexe au procès verbal du 2 avril 1974. N° 144.

ou indirectement, des personnes physiques[1953]. L'outil informatique, en effet, permet de rassembler en peu de temps et peu d'effort des informations qui étaient jadis disséminées.
Le texte a subi plusieurs modifications en trois décennies[1954], tandis que son objet a évolué au fur et à mesure de l'évolution technologique et sociétale. A son origine, en 1978, le texte était destiné à protéger les citoyens contre leur fichage par les autorités publiques. Dans un second temps, la nécessité de la protection s'est faite sentir contre l'utilisation à des fins commerciales des données personnelles par des entreprises privées. Depuis l'apparition du Web 2.0 et le développement des réseaux sociaux, le propos est plutôt, depuis une dizaine d'années, de protéger les individus contre eux-mêmes et leur propension à mettre en ligne, sur *Facebook* ou *Twitter* par exemple, des éléments relatifs à leur vie privée[1955].

Les finalités des systèmes de documentation juridique automatisée : les recommandations du Conseil de l'Europe. La recommandation européenne (95) du 29 septembre 1995 du Comité des ministres aux Etats membres[1956] pose, dans son préambule : « *Considérant que la pleine connaissance de la jurisprudence de toutes les juridictions est une condition essentielles de l'application équitable du droit. – Considérant que l'objectivité et la représentativité des systèmes automatisés de diffusion de la jurisprudence est une condition indispensable pour une bonne justice. – Constatant que les moyens automatisés sont utilisés de plus en plus fréquemment pour la recherche juridique, et que le nombre*

[1953] Le troisième alinéa de l'article 2 de la loi de 1978, tel que rédigé après la loi du 6 août 2004, définit une « *donnée à caractère personnel* » comme « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'immatriculation ou un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne* ».
[1954] Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (J.O. du 12 mars 1988) ; loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (J.O. du 23 décembre 1992) ; loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O. du 2 juillet 1994) ; loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (J.O. du 28 juillet 1999) ; loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration (J.O. du 13 avril 2000) ; loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (J.O. du 5 mars 2002) ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (J.O. du 19 mars 2003) ; loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de donnés à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O. du 7 août 2004) et loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (J.O. du 24 janvier 2006).
[1955] En août 2010, 20,3 millions de Français étaient membres d'un réseau social. Etudes de l'Observatoire des usages Internet de Médiamétrie, août 2010.
[1956] Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R (95) 11 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridique automatisée, adoptée le 11 septembre 1995, p. 1.

croissant et la complexité des décisions judiciaires suscitent un recours toujours plus étendu à de nouvelles méthodes. – Considérant que le public en général et les professions juridiques en particulier doivent avoir accès à ces nouveaux moyens d'information ».

En 1983, le Conseil des ministres avait déjà posé sa vision de cette matière en déclarant : « *Considérant que la complexité croissante du droit et d'autres informations juridiques de sources nationales, européennes et internationales, rend de plus en plus difficile aux citoyens de s'orienter dans le système juridique, d'exercer leurs droits et de s'acquitter de leurs devoirs. – Considérant que, pour assurer le respect de la prééminence du droit, il y a lieu de développer au maximum tous les moyens de dissémination de l'information juridique, selon des modalités qui tiennent compte du principe de l'égalité devant la loi.* »[1957]

L'annexe I à la recommandation de 1995 pose les objectifs, les finalités, des systèmes automatisés de diffusion de la jurisprudence : « *faciliter la tâche des professions juridiques en fournissant des renseignements prompts , complets et à jour* ; […] *renseigner toute personne intéressée par une question de jurisprudence ;* […] *rendre publiques plus rapidement des décisions nouvelles, particulièrement dans les domaines du droit en évolution* ; […] *rendre publiques un plus grand nombre de décisions intéressant tant le domaine normatif que le domaine factuel (quantum des indemnités, des pensions alimentaires, des peines etc.) ;* […] *contribuer à la cohérence de la jurisprudence (sécurité du droit- « Rechtsicherheit ») sans toutefois introduire de rigidité ; […] permettre au législateur de faire des analyses de l'application des lois ;* […] *faciliter les études sur la jurisprudence ; dans certains cas,* […] *fournir des informations statistiques* »[1958].

La prise en compte des droits de la personnalité par le Conseil de l'Europe. L'annexe II à la recommandation de 1995 évoque la mise en balance entre vie privée et diffusion de la jurisprudence judiciaire, en notant : « *Toute question de vie privée et de respect des données personnelles se posant dans des systèmes d'informatique juridique doit être réglée suivant le droit national en conformité avec les principes de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* […] *et de ses textes subsidiaires* ».[1959]

[1957] Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R (83) 3 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection des utilisateurs des services d'informatique juridique, adoptée le 22 février 1983, p. 1.
[1958] Conseil de l'Europe, R (95) 11,, p. 2.
[1959] Conseil de l'Europe. R (95) 11, p. 5.

La Convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981[1960] stipule : « *Considérant qu'il est souhaitable d'étendre la protection des droits et libertés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitements automatisés* […] Article 5. *Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont : a. obtenues et traitées loyalement et licitement ; b. enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatibles avec ces finalités ; c. adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ; d. exactes et si nécessaires mises à jour ; e. conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. Article 6. Les données à caractère personnel révélant l'origine sociale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées. Il en est de même des données à caractère personnel concernant des condamnations pénales.* ».

Les réticences de la CNIL. La question des effets de la diffusion numérique des décisions juridiques fit, rapidement, l'objet d'une très grande attention de la part de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Le Centre de documentation du Barreau de Paris avait mis en place, en 1985, un service de consultation à distance par *Minitel*. Le Centre de documentation avait rapidement relevé que de nombreuses interrogations formulées grâce à ce service télématique n'étaient pas destinées à consulter la jurisprudence au sujet d'un point de droit, mais concernaient des recherches concernant des personnes physiques ou morales identifiées[1961] : « *D'outil de documentation, les banques de données juridiques devenaient ainsi de véritables fichiers de renseignements sur les personnes* »[1962].
Dès juin 1985, la CNIL organisa une table ronde sur cette question, dont la principale conclusion fut de rappeler « *le droit reconnu à tout justiciable de revendiquer, au titre de la*

[1960] Convention n° 108 de la série des traités européens.
[1961] CNIL, Sixième rapport annuel, 1985, p. 200.
[1962] CNIL, Vingt-deuxième rapport d'activité, 2001, p. 74.

loi du 6 janvier 1978, l'anonymat des décisions de justice le concernant lorsqu'elles étaient diffusées ou accessibles sur support numérique. »[1963]

Cette question est devenue encore plus sensible avec le développement d'Internet et la perspective d'une mise en ligne des décisions judiciaires par des opérateurs privés, mais aussi par les autorités publiques elles-mêmes.

La directive européenne de 1995. Le 24 octobre 1995, l'Union européenne a adopté la « *directive n° 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* ».[1964]

Elle est entrée en vigueur le 25 octobre 1998 et se fonde sur trois principes : celui de finalité (ne traiter que les données pertinentes au regard des finalités de la diffusion), de proportionnalité (prenant notamment en compte le droit à la vie privée, et plus largement ceux de la personnalité, dans la balance des intérêts en présence) et de transparence (propre à fonder la confiance, notamment dans l'institution judiciaire)[1965].

Le préambule déclare : « *Considérant que les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme ; qu'ils doivent, quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes physiques, respecter les libertés et droits fondamentaux de ces personnes, notamment la vie privée, et contribuer au progrès économique et social, au développement des échanges ainsi qu'au bien être des individus* ».

Les principes de la directive « *précisent et amplifient* » ceux de la convention de 1981 relativement à la « *protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* ».

L'article 5 de la section III pose : « *Le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve des dérogations qui peuvent être accordées par l'État membre sur la base de dispositions nationales prévoyant des garanties appropriées et spécifiques. Toutefois, un recueil exhaustif des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique.* »

[1963] *Idem.*

[1964] Conseil de l'Europe, Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[1965] TERWANGNE Cécile de, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *Petites affiches*, n° 194, 29 septembre 2005, p. 40.

La recommandation de la CNIL de 2001. La CNIL adopta, le 29 novembre 2001[1966], une recommandation relative à la diffusion en ligne des décisions judiciaires. Cette recommandation valait pour la diffusion de la jurisprudence sur Internet par l'institution judiciaire elle-même. Si les juristes avaient l'habitude d'utiliser le nom des parties pour désigner des décisions en matière pénale[1967], cette manière de procéder commença à poser des problèmes particuliers avec Internet et l'émergence de moteurs de recherche qui permettaient de reconstituer des « *casiers judiciaires* » numériques en lançant des recherches sur ce type de documents à partir de l'identité d'une personne.

La CNIL s'inquiéta particulièrement de la situation, lorsque les moteurs de recherche de la troisième génération commencèrent à se généraliser : « *Très puissants et très rapides, ils effectuent une recherche en texte intégral, sur tous les sites et, quel que soit le format de diffusion des données. Ainsi, le format pdf* […] *n'échappe plus à l'indexation. En outre, ces moteurs, qui effectuent une copie de l'intégralité des informations, lesquelles se trouvent ainsi conservées dans leur mémoire cache, permettent de consulter ces informations diffusées sur un site alors même que ces informations ne seraient plus en ligne et n'auraient pas été dupliquées par un tiers. Ayant recherché et indexé une fois l'information, ces moteurs la conservent systématiquement* »[1968].

L'argumentation juridique de la CNIL. Plaidant pour l'anonymisation des décisions judiciaires diffusées sur internet, la CNIL mit en avant plusieurs arguments de nature juridique.

Elle rappela tout d'abord que si la publication judiciaire des décisions pénales était prévue par la loi, cette publication était prononcée à titre de peine et était limitée dans le temps, ce dernier point n'étant pas garantie par une mise en ligne, sous-entendant donc que l'évolution des moyens techniques de diffusion tendait à donner à la peine un caractère perpétuel.

Nous noterons, toutefois, que depuis la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, l'article 131-10 du Code pénal organise la publication judiciaire des décisions pénales en prévoyant une diffusion « par tout moyen de « *communication au public par voie électronique* », pour laquelle le caractère temporaire de la sanction est, *de facto*, tout aussi peu assuré. L'article 131-35 du

[1966] CNIL, Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001. *Délibération portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence*. NOR : CNIX0105263X.

[1967] A partir du Bulletin de la Cour de cassation, mais aussi à partir de publication privées comme le recueil Dalloz, par exemple, qui annexaient depuis 1837 à ses recueils de jurisprudence un index avec des tables alphabétiques au nom des parties.

[1968] CNIL, Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001. *Délibération portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence*. NOR : CNIX0105263X.

Code pénal, en revanche, prohibe l'insertion du nom de la victime dans une publication judiciaire si celle-ci, ou son représentant légal, ou ses ayants droit, n'a pas donné son accord.

La Commission fondait aussi son argumentation sur plusieurs dispositions de la loi du 6 janvier 1978 :

Ainsi, l'article 31 subordonne à l'accord express de l'intéressé[1969] la mise en mémoire informatique d'informations qui « *font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes* ». Il serait donc possible de soutenir que la publication d'une décision de condamnation d'un terroriste islamiste fait apparaître ses opinions philosophiques ou religieuses, ou que la reproduction d'un arrêt de cour d'assises condamnant un pédophile pour viols sur mineurs fait apparaître des informations relatives à ses mœurs. La CNIL avança : « *des jugements et arrêts sont susceptibles de comporter des informations de cette nature lorsqu'elles sont intrinsèquement liées à l'instance en cause* ».

La Commission souligna, par ailleurs que « *la diffusion sur Internet, sous une forme nominative de jugements et arrêts, susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation, pourrait conduire les personnes concernées à intenter des actions en rectification, sur le fondement de l'article 36 de la loi, au motif que la décision du premier ressort aurait été réformée ou cassée et que l'accessibilité, à des fins qui peuvent largement excéder la seule recherche juridique, d'informations les concernant devenues inexactes, serait susceptible de leur porter préjudice* ».

D'une manière générale, elle releva que le droit d'opposition prévu à l'article 26 de la loi de 1978 « [r]*apporté à la diffusion de décisions de justice revêtant un caractère nominatif,* […] *paraît pouvoir être revendiqué par des personnes qui souhaiteraient s'opposer à ce qu'une requête lancée sur leur nom par un moteur de recherche permette à quiconque de prendre connaissance, parfois plusieurs années après, d'un jugement les concernant dans un contentieux du licenciement, d'impayé, de responsabilité médicale, de trouble du voisinage, dans un contentieux fiscal ou pénal, pour ne citer que quelques exemples* ».

La CNIL mettait également en avant les difficultés que pouvait poser ce type de diffusion nominative sur Internet au regard des prescriptions légales attachées aux lois d'amnistie[1970], qui interdisent à toute personne ayant « *eu connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdiction, déchéances et incapacités*

[1969] Sauf autorisation par décret en Conseil d'Etat après avis de la CNIL.
[1970] Article 133-11 du Code pénal.

effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. »[1971]

Une pratique partagée en Europe. Observant la manière de procéder dans les autres pays, la CNIL releva que l'anonymisation des décisions de justices diffusées par l'autorité judiciaire sur Internet était déjà à l'œuvre en 2001, citant les cas de l'Allemagne, des Pays-Bas et du Portugal. A l'occasion d'un bilan de l'application de cette mesure en 2006, la Commission souligna que cette pratique concernait également la République Tchèque, l'Estonie, la Suède, le Danemark, la Lettonie, l'Autriche, la Pologne, la Hongrie, la Finlande et la Grèce, tout en soulignant que cette approche était en train de s'étendre à l'Espagne, la Lituanie, la Norvège et la Slovaquie[1972].

.

La portée de l'anonymisation. Le principe posé par la CNIL dans sa recommandation de 2001 est d'anonymiser le « *nom et l'adresse des parties et témoins dans tous les jugements et arrêts librement accessibles sur Internet, quels que soient l'ordre ou le degré de juridiction et la nature du contentieux* ». Cette occultation est à la charge du diffuseur sans que la personne en cause n'ait de démarche à entreprendre. La Commission a expressément écarté l'idée de faire dépendre cette anonymisation d'une demande de la personne en cause.

La CNIL n'a pas fait entrer dans l'objet de sa recommandation d'anonymisation les autres éléments se trouvant dans les décisions judiciaires. Il lui est notamment apparu « *disproportionné* » de retrancher d'autres éléments au motif qu'ils seraient « *indirectement nominatifs* ». Une telle prohibition serait, en effet, **«** *susceptible de nuire à la lecture de la décision ou contraindrait dans bien des cas à ne pas diffuser telle ou telle décision au motif que sa lecture seule permettrait d'identifier les parties en cause. Elle serait, par nature, contraire à la finalité légitime poursuivie par les juridictions ou les éditeurs de jurisprudence consistant à offrir un outil documentaire le plus complet et le plus accessible possible* ». Pour la Commission, le retrait des noms et adresses des parties et témoins « *ne paraît pas de nature à compromettre la recherche documentaire dans une proportion excessive au regard des intérêts en cause. En effet, les facilités de recherche d'Internet permettent désormais très*

[1971] Notons que l'article 133-11 du Code pénal n'a pas été cité dans son intégralité dans l'avis de la CNIL, cet article précisant, en effet, *in fine* : « *Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation* ».

[1972] CNIL, 19 janvier 2006, Bilan de l'application de la recommandation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice.

aisément à toute personne intéressée par la jurisprudence ou telle décision en particulier, de se connecter à un site spécialisé et de retrouver, par critères croisés, l'information pertinente ».

Les préconisations ne valent qu'au bénéfice des personnes physiques, puisque « *la protection des personnes morales ne relevant pas des attributions de la CNIL, il ne lui appartient pas de se prononcer sur ce point* ». Elles ne concernent pas, non plus, la diffusion de la jurisprudence sur support papier, pour laquelle la CNIL est tout aussi incompétente.

La Commission n'a pas recommandé l'anonymisation des personnes intervenant à titre professionnel dans l'instance en considérant que la publicité de leurs actes et décisions professionnelles est, en quelque sorte, le corollaire de leur « *responsabilité morale et professionnelle* ». Cette considération vaut pour les « *magistrats ou membres des juridictions,* […] *auxiliaires de justice* [et] *experts* ». La Commission a pris en compte le risque « *de constitutions de "profils" de juges ou d'avocats à partir des décisions de justice publiées ne peut être exclu. Le risque qui s'attache à la numérisation ne paraît cependant pas supérieur à celui des circonstances qui forgent une réputation et sur lesquelles la CNIL ne dispose pas de moyens d'action particuliers* ».

Nous ajouterons sur ce point que, dès lors que le principe du contrôle des décisions judiciaires par le public est accepté dans une société démocratique, il ne paraît pas scandaleux que ce dernier puisse être réalisé de manière effective. Permettre d'observer la manière dont une juridiction ou un magistrat se prononce au regard d'intérêts puissants[1973], politiquement ou financièrement, est aussi un moyen de mettre en œuvre ce contrôle démocratique.

La CNIL a limité la portée de sa recommandation de retrait des éléments relatifs au nom et à l'adresse aux seules bases de données accessibles gratuitement sur Internet, ce qui est le cas des sites publics, sur lesquels l'institution judiciaire diffuse sa jurisprudence.

La mise en œuvre de l'anonymisation. La mise en œuvre du service public de la diffusion du droit par Internet a été organisée par un décret du 7 août 2002, dans lequel le Secrétariat général du Gouvernement a décidé d'appliquer la recommandation du 29 novembre 2001. Le flux des décisions mises en ligne a été anonymisé à partir de septembre 2002, et un travail d'anonymisation du stock des décisions plus anciennes déjà en ligne a été entrepris à partir de cette époque. Des modifications techniques ont été apportées en ce sens. Par exemple, les décisions de justice diffusées par Legifrance ne peuvent plus être accessibles à partir d'un

[1973] Nous pensons à la manière dont est mené régulièrement ce type de contrôle aux Etats-Unis, par exemple pour les décisions relatives aux industries du tabac ou de l'armement.

moteur de recherche généraliste[1974].

La loi « *Informatique et libertés* » après la réforme de 2004. Le texte de 1978 de la loi « *Informatique et liberté* » a été remanié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, qui a tiré les conséquences de la directive européenne de 1995. La protection des personnes physiques contre la divulgation de données à caractère personnel à l'occasion de la diffusion de la jurisprudence judiciaire ne fait pas l'objet de mesures spécifiques, et relève des dispositions générales de ce texte. En revanche, des restrictions sont posées, à l'article 9, concernant la « *mise en œuvre* » des « *données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté* » qui ne « *peuvent être mis en œuvre que par :* […] *les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, dans le cadre de leurs attributions légales* ; […] *Les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins des missions qui leur sont confiées par la loi* ; […] *Les personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits prévus aux livres Ier, II et III du même code afin d'assurer la défense de ces droits* ».

Cet article ne s'applique pas « *aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre aux seules fins : 1° D'expression littéraire ou artistique ; 2° D'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession* », à condition que les entreprises de presse désignent en leur sein « *un correspondant à la protection de données* »[1975]

Une exception autorisant la mise en œuvre de ces données par des « *personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes* » a été censurée par le Conseil constitutionnel, qui a estimé qu'une telle disposition pourrait « *affecter par ses conséquences le droit au respect de la vie privée et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* »[1976].

La position renforcée de la CNIL de 2006. La CNIL s'est prononcée, par un avis du 19 janvier 2006, pour un renforcement de l'anonymisation des décisions judiciaire diffusées sur

[1974] CNIL, 19 janvier 2006, Bilan de l'application de la recommandation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice.
[1975] Art. 67 de la loi « *Informatique et libertés* ».
[1976] Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, considérant n° 11.

support numérique[1977]. Au regard des premières années d'application de son précédent avis, la Commission a estimé que le principe d'anonymisation devait être étendu à l'ensemble des bases de données juridiques sans distinguer le caractère gratuit ou payants de ceux-ci, ce qui induit donc un référencement « *neutre* » des décisions pas sa date et son numéro de pourvoi ou de rôle. Cette recommandation ne vaut pas pour les décisions diffusées grâce à un support papier.

Le développement des nouvelles technologies influence aussi le rapport de l'institution judiciaire et du public, et a des effets sur la publicité du procès pénal mise en œuvre par l'institution elle-même, notamment par le recours à l'audiovisuel.

B. Une mise en images difficile de la justice

L'interdiction des prises de vues pendant les audiences pénales. L'interdiction des prises de vue et de son pendant les audiences pénales est prévue par deux textes qui répriment le même fait selon des pénalités différentes :

L'article 308 du Code de procédure pénale dispose : « *Dès l'ouverture de l'audience, l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore, de caméra de télévision ou de cinéma, d'appareils photographiques est interdit sous peine de 18.000 euros d'amende* ».

L'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit : « *Dès l'ouverture de l'audience des juridictions* […] *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* […] *Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 4.500 euros. Le tribunal pourra en outre prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et du support de la parole ou de l'image utilisé* ».

Le principe a été posé par le législateur en 1953 à l'encontre des journalistes[1978], mais il s'applique également à la mise en œuvre de la publicité par l'institution judiciaire elle-même.

[1977] *Idem.*

[1978] Nous développerons ce point dans la partie consacrée à la publicité, hors de la salle d'audience, mise en œuvre par des tiers à l'institution judiciaire. Pour eux, ce texte ne s'applique pas aux croquis d'audience, ni à la transcription des débats et leur transmission en quasi direct grâce à Internet et aux réseaux sociaux.

Il a fallu attendre 1985 pour qu'un texte permettant la captation audiovisuelle des audiences par les services judiciaires à des fins de diffusion.

Les archives judiciaires, parent pauvre. M. Badinter explique que, devenu ministre de la Justice en 1981, il a été « *épouvanté* » par l'état des archives judiciaires : « [T]rès peu *d'institutions produisent autant de documents que la Justice. Or,* [ceux]-*ci étaient particulièrement mal conserv*[é]s. *Dès 1979, un universitaire américain m'avait alerté en me conseillant de prévenir la chancellerie, parce que, à Vincennes, les rats dévoraient dans une cave les archives des juridictions militaires, notamment celles des tribunaux militaires et conseils de guerre de la Première Guerre mondiale.* »[1979] Concernant les grandes affaires criminelles, l'ancien ministre explique qu'en voyage à Vienne en 1984, il avait découvert l'existence d'une correspondance entre Landru et Sigmund Freud et avait voulu savoir si les documents relatifs à son procès en faisait état. « *Rentrant à Paris, je fis immédiatement des investigations à Versailles où Landru avait été jugé. Au bout de plusieurs mois et demandes réitérées, le greffier m'apporta deux cartons à chapeau contenant le dossier Landru. Si à l'intérieur il n'y avait, hélas, aucune trace de correspondance, en revanche j'y trouvai beaucoup d'éléments sur l'affaire Landru que j'avais ignorés. Je dressai une liste de dossiers intéressants l'histoire et demandai leur communication. Leur examen me permit de constater que, jusqu'en 1914, les archives étaient admirablement conservées. Elles ont été relativement bien conservées jusqu'en 1939. C'est depuis lors que leur conservation était plutôt désolante. Par exemple, le dossier Brasillach a disparu. Il n'y avait pas de dossier sur l'affaire Kravchenko non plus ! On a eu, par ailleurs, les plus grandes difficultés à trouver, au fond d'un placard à balais de la Cour d'appel de Lyon, le dossier Maurras.* »[1980]

Ministre de la Justice, M. Badinter fit voter, quelques mois avant le procès Barbie, un texte permettant d'introduire des caméras dans le prétoire afin d'opérer une captation audiovisuelle de l'audience à des fins de conservation et de diffusion au public[1981].

Cette possibilité avait été proposée lors des débats parlementaires par Jean Minjoz lui-même, l'auteur de la proposition de loi qui a abouti à l'interdiction des appareils photographiques et des caméras dans les auditoires. Le député du Doubs reconnaissait, en défendant le principe de cette prohibition, la nécessité d'aménager tout de même le texte pour permettre la prise de photographies et l'enregistrement de certaines affaires « *en raison de l'intérêt historique que*

[1979] BADINTER Robert, « Justice, image, mémoire », *Questions de communication*, n° 1, mars 2002, p. 98.
[1980] BADINTER Robert, « Justice, image, mémoire », *op. cit.*, p. 98.
[1981] Seuls les appareils photos y avaient été autorisés, jusqu'en 1953.

peuvent présenter certains procès »[1982] . Il ne fut pas suivi par l'Assemblée nationale sur ce point.

L'expérience française du procès filmé. L'utilisation d'une caméra afin de capter les images d'un procès pénal a été rendue possible par la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 dont l'article 1er disposait : « *Les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par la présente loi lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Sous réserve des dispositions de l'article 6, l'enregistrement est intégral* ».

Ce texte posait plusieurs principes : l'audience devait être publique pour que l'enregistrement audiovisuel puisse être mise en œuvre. La finalité de ces enregistrements était de constituer des archives historiques de la justice. L'application de ces dispositions fut cependant parcimonieuse puisqu'elle n'ont été mise en œuvre qu'à huit reprises depuis 1985 : procès de Klaus Barbie accusé de crime contre l'humanité devant la Cour d'assises du Rhône à Lyon, du 11 mai au 3 juillet 1987[1983] ; procès « *du sang contaminé* » devant la 16e chambre correctionnelle du TGI de Paris du 22 juin au 23 octobre 1992, puis devant la 13e chambre de la Cour d'appel de Paris du 3 mai au 13 juillet 1993[1984] ; procès de Paul Touvier, accusé de crime contre l'humanité devant la Cour d'assises des Yvelines du 17 mars au 20 avril 1994[1985] ; procès de Maurice Papon, accusé de crime contre l'humanité devant la Cour d'assises de la Gironde du 8 octobre 1997 au 2 avril 1998[1986] ; procès « *AZF* » devant le Tribunal correctionnel de Toulouse, du 23 février au 30 juin 2009[1987] ; procès « *de la dictature chilienne* » devant la Cour d'assises de Paris, du 8 au 17 décembre 2010[1988].

Pour M. Badinter, à l'origine de la loi, certains moments d'audience relèvent de l'histoire de France et il était dommage d'en priver les générations futures alors que les moyens techniques permettent aujourd'hui d'en assurer la captation audiovisuelle. Il évoque, évidemment, ce moment-clé de l'affaire Landru où celui-ci scella sa condamnation non par ses déclarations, mais pas son attitude, lorsque son avocat désignant la grande porte de la salle d'audience demanda si cette personne qu'on disait victime et dont on n'avait pas retrouvé le corps n'était

[1982] Assemblée nationale, séance du 23 janvier 1953.
[1983] Enregistrement audiovisuel.
[1984] Enregistrements sonores.
[1985] Enregistrement audiovisuel.
[1986] Enregistrement audiovisuel.
[1987] Enregistrement audiovisuel. Notons à ce sujet, que le directeur de l'usine a été relaxé.
[1988] Enregistrement audiovisuel.

pas derrière, bien vivante. Tout le monde alors avait tourné la tête en direction de l'entrée. Sauf Landru. Il regrette également qu'il n'y ait pas eu d'archives audiovisuelles des procès politiques, notamment pendant l'épuration et la guerre d'Algérie : « *Je pense également au procès de Bobigny sur l'avortement, ou à ceux pour lesquels la peine de mort était discutée.* »[1989]

L'ancien ministre de la Justice estime, toutefois, que cette loi n'est pas appliquée dans son esprit, qui est aussi de montrer la justice ordinaire, afin de porter témoignage aux générations futures des mœurs et des réalités sociales de l'époque : « *« Il serait* […] *intéressant de consulter aujourd'hui des documents audiovisuels sur la façon dont se déroulaient les audiences de flagrant délit avant la guerre de 1914, ou même avant celle de 1939. On apprendrait beaucoup sur le déroulement des affaires, le style, le comportement, la déposition du témoin, la manière de l'avocat général. Cela serait très instructif pour l'enseignement à destination des étudiants en Droit, mais aussi des élèves de l'Ecole nationale de la magistrature et surtout pour les travaux des historiens. Un autre exemple, celui des jeunes femmes jugées pour avortement qui, au début des années cinquante, passaient par groupe de dix, vingt ou trente par audience correctionnelle. Le mépris avec lequel on les traitait était monstrueux, et infamantes étaient les questions qu'on osait leur poser en public. Si nous avions, aujourd'hui, la reproduction cinématographique de ces audiences, nous serions stupéfaits de constater le comportement d'une société à travers l'attitude de sa justice. On pourrait dire la même chose au sujet des conflits du travail, ou bien encore des affaires quotidiennes devant le Tribunal correctionnel. Il y a là matière à conserver.* »[1990]

Décision d'enregistrement. La loi de 1985 a pris place, depuis 2004, dans le Code du patrimoine, et est codifiée aux articles L. 221-1 à L 222-3.

Selon les prévisions de l'article L 221-2 du Code du patrimoine, l'autorité compétente pour décider de l'enregistrement de l'audience est le premier président de la Cour de cassation, pour cette juridiction ; chaque premier président de cour d'appel pour les juridictions judiciaires de son ressort.

Avant toute décision, l'autorité compétente recueille les avis des parties ou de leurs représentants, du président de l'audience dont l'enregistrement est envisagé, et du ministère public. Elle doit aussi recueillir l'avis d'une commission consultative des archives

[1989] BADINTER Robert, « Justice, image, mémoire », op. cit., p. 98.
[1990] *Ibid*., p. 99.

audiovisuelles [1991], mais l'absence de cet avis ne fait pas grief [1992]. La décision d'enregistrement peut être prise d'office, à la requête des parties ou à celle du ministère public. La requête doit être présentée par écrit[1993] et, à peine d'irrecevabilité, « *au plus tard huit jours avant la date fixée pour l'audience dont l'enregistrement est demandé* »[1994].

Contentieux relatif à la décision d'enregistrement. L'intérêt public, prévu par loi pour la constitution d'archives historiques, justifie l'atteinte « *aux droits à la présomption d'innocence et à l'oubli allégués* » par les personnes poursuivies à l'occasion de l'audience faisant l'objet d'un enregistrement audiovisuel[1995], comme doit céder le droit à l'image de la personne poursuivie[1996]. De manière générale, l'application de la loi fait céder les droits de la personnalité des personnes dont l'image ou le son de la voix est fixée selon les prévisions légales[1997].
La décision contestée n'est pas un acte juridictionnel et ne doit donc pas, même si l'avis des parties est requis, être soumis au débat contradictoire[1998].

Les prescriptions techniques de l'enregistrement. La loi française de 1985 se singularise [1999] en ce qu'elle est entrée dans des considérations techniques précises relativement aux prises de vue. L'article L221-4 du Code du patrimoine énonce : « *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 effectués à partir de points fixes. – Lorsque les dispositions du précédent 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.* »[2000]

[1991] Art. R221-2 du Code du patrimoine.- La composition de cette commission est prévue à l'art. D221-11 du Code du patrimoine : deux historiens ; deux membres en activité ou honoraires du Conseil d'Etat ; deux membres en activité ou honoraires des autres juridictions de l'ordre administratif ; deux magistrats en activité ou honoraires de la Cour de cassation ; deux magistrats en activité ou honoraires des autres juridictions de l'ordre judiciaire ; un avocat au barreau de Paris, un avocat inscrit au tableau d'un autre barreau ; deux journalistes.
[1992] Cass. crim., 26 avril 1989, Bull. crim. 1989, n° 171.
[1993] Art. R221-1 du Code du patrimoine.
[1994] Art. L221-3 du Code du patrimoine.
[1995] Cass. crim., 17 février 2009, Bull. crim. 2009, n° 40.
[1996] Cass. crim., 16 mars 1994, Bull. crim. 1994, n° 105.
[1997] Même arrêt.
[1998] Cass. crim., 17 février 2009, Bull. crim. 2009, n° 40.
[1999] M. Delage avance que la France est le seul pays au monde à avoir légiféré en ce domaine : DELAGE Christian, *La Vérité par l'image*, Paris, Denoël, 2006, p. 247.
[2000] Article L. 221-4 du code du patrimoine.

Surtout le décret d'application du 15 janvier 1986 de la loi du 11 juillet 1985[2001] encadre les conditions de captation audiovisuelle des audiences. Il précise : « *La disposition des appareils d'enregistrement à l'intérieur de la salle d'audience est fixée en accord avec le président chargé de la police de l'audience.* »[2002]

Un accord et un *modus operandi* doivent donc être trouvés pour chaque procès et chaque président d'audience, cet accord prenant la forme d'un cahier des charges s'adressant au réalisateur. La France a décidé de légiférer pour déterminer la manière dont les procès doivent être captés par l'œil de la caméra. C'est en connaisseur de la matière, que le Garde des Sceaux à l'origine de ce texte s'exprime : « *Il a été convenu qu'aucun mouvement de caméra ne devait gêner l'audience. L'emplacement des caméras a été déterminé de façon à ce qu'il n'y ait ni trouble ni manipulation*[2003]*. Pour assurer l'objectivité des documents, les séances devaient être filmées en plan fixe* »[2004], même si un zoom éventuel pouvait être toléré. Le principe est, par ailleurs, celui de l'enregistrement de l'intégralité de l'audience.

Cette loi n'est pas une ouverture de la salle d'audience aux médias, mais le cadre d'une mise en image de la justice par l'institution judiciaire elle-même. Ainsi, le décret d'application du 15 janvier 1986[2005] prévoit à son article 12 : « *L'enregistrement des audiences est assuré par les services du ministère de la justice ou du ministère de l'intérieur et de la décentralisation, à défaut, par un ou plusieurs entrepreneurs choisis dans les conditions prévues par le livre II du code des marchés publics. Lorsque la brièveté du délai qui sépare la date de la communication de la décision à exécuter et la date de l'audience ne permet pas de passer un marché sur appel d'offres, la procédure prévue par les articles 103 et suivants du code des marchés publics est applicable* ». Cette maîtrise judiciaire est renforcée par l'article 13, « [l]*a disposition des appareils d'enregistrement à l'intérieur de la salle d'audience est fixée en accord avec le président chargé de la police de l'audience* », et 14, « [l]*es enregistrements sont remis au président dès la fin de l'audience. Ils sont transmis au directeur général des Archives de France avec un procès-verbal signé par le président de l'audience et mentionnant les incidents qui ont pu survenir au cours de la réalisation. Un exemplaire de ce procès-verbal est conservé au greffe ou au secrétariat de la juridictio*n ».

[2001] Ce décret a été abrogé sous cette forme indépendante par l'article 5 du décret n° 2011-574 du 24 mai 2011 relatif à la partie réglementaire du code du patrimoine (livres Ier à VI). Ses dispositions ont intégré la partie réglementaire du Code du patrimoine. J.0. du 26 mai 2011, p.9084.

[2002] Article 12 du décret du 15 janvier 1986.

[2003] A commencer par les plongées et contreplongées.

[2004] BADINTER Robert, « Justice, image, mémoire », *op. cit*., p. 99

[2005] Décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 pris pour l'application de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice.

Le filmage de ces procès a donné lieu à l'écriture de cahiers des charges très précis relatifs aux conditions des prises de vue. Ainsi, pour le procès Touvier, ce document précisait à son article 9 : « *Mode d'enregistrement. Les prises de vue seront effectuées à la lumière ambiante de la salle d'audience, sans adjonction de projecteur, à partir de trois caméras exploitées par des cadreurs, dont une placée au fond de la salle sur la mezzanine sera fixe et deux placées de part et d'autre seront mobiles dans un rayon d'un mètre. – Le mélange sera effectué en régie sur les lieux même de l'audience, sous le contrôle du magistrat conseiller prévu à l'article 3. Un moniteur sera installé devant le Président de l'audience. La prise de vue devra être aussi neutre que possible. Le son sera également enregistré sur une bande vidéo. La modulation sera disponible pour la régie vidéo à la sortie des microphones et à l'entrée de la console de sonorisation pour les trois microphones d'appoint* »[2006].

Le Code du patrimoine prévoit que les documents audiovisuels doivent être transmis par le président des audiences à l'administration des Archives de France[2007]

Le grand assouplissement des conditions de diffusion. Dans la forme initiale de la loi de 1985, l'accès aux documents audiovisuels était soumis à un régime d'autorisation pendant vingt ans, et pouvait s'envisager à des « *des fins historiques ou scientifiques* ». Au terme des vingt ans, l'accès était libre. La diffusion, en revanche, était soumise à un régime d'autorisation pendant encore trente ans.

Ces règles, toujours en vigueur dans leur principe à l'article L. 222-1 du Code du patrimoine, ont été assouplies par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, qui a, d'une part, permis, sous autorisation, la diffusion à l'issue d'une période de vingt ans et a, d'autre part, posé le principe que « *la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement des audiences pour crimes contre l'humanité peut être autorisée dès que ce procès a pris fin par une décision devenue définitive* ».

Ces dispositions ont encore été assouplies par la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008. Désormais, l'article L222-1 du Code du patrimoine dispose : « *La reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement audiovisuel ou sonore est subordonnée à une autorisation accordée, après que toute personne justifiant d'un intérêt pour agir a été mise en mesure de faire valoir ses droits, par le président du tribunal de grande instance de Paris ou par le juge qu'il délègue à cet effet* ». Après cinquante ans, la reproduction et la

[2006] Cahier des clauses administratives particulières, ministère de la Justice, direction de l'administration générale et de l'équipement (archives Guy Saguez), janvier 1994. Rapporté in DELAGE Christian, *La Vérité par l'image*, *op. cit.*, p. 253.

[2007] Art. L221-5 du Code du patrimoine.

diffusion ne sont plus soumises à autorisation. Ces nouvelles dispositions sont applicables à toutes les audiences enregistrées depuis la promulgation de la loi de 1985[2008].

La demande de diffusion intégrale ou partielle du document audiovisuel ou sonore doit être présentée au président du tribunal de grande instance de Paris, selon les formes de l'article 494 du Code de procédure civile[2009]. Sa décision est susceptible de recours.

Les procès enregistrés sous le régime de la loi de 1985 ont fait l'objet d'une diffusion au public. Le procès Barbie a été diffusé en 2000[2010] et 2007[2011] et le procès Touvier en 2002[2012]. L'autorisation de diffuser à la télévision le procès Papon avait été refusé une première fois par la Cour d'appel de Paris au nom de la présomption d'innocence car la condamnation n'était pas définitive. Celle-ci étant passée en force de la chose jugée, la Cour d'appel de Paris a autorisé, en octobre 2004, la chaîne « *Histoire* » à diffuser les archives audiovisuelles du procès. Les 80 heures d'enregistrement ont été présentées aux téléspectateurs entre le 2 février et le 14 mars 2005.

La loi de 1985 a donc changé de nature. Votée initialement à des fins d'archives historiques, c'est-à-dire selon une logique qui veut que les documents ne soient rendus publics qu'après une longue période de temps, ce texte permet, aujourd'hui, de diffuser des audiences pénales de manière quasi-contemporaine, dès lors que la décision est devenue définitive.

Les dispositions particulières à Saint-Pierre-et-Miquelon. L'article L 513-4 du Code de l'organisation judiciaire dispose que si la présence d'un magistrat n'est pas « *matériellement possible* » à Saint-Pierre et Miquelon, territoire qu'il n'est pas possible d'atteindre par tous temps, l'audience sera présidée par un magistrat « *depuis un autre point du Territoire de la République, ce dernier se trouvant relié, en direct, à la salle d'audience, par un moyen de communication audiovisuelle* ». L'accès à la salle d'audience où l'enregistrement est réalisé est public, tout comme celui de la salle d'audience où les images sont diffusées. L'article R513-5 du Code de l'organisation judiciaire précise : « *Les prises de vue et de son sont assurées par des agents des services du ministère de la justice ou, à défaut, par tous autres agents publics. – Lorsque l'audience se tient à huis clos ou en chambre du conseil, ces agents*

[2008] Art. L222-2 du Code du patrimoine.
[2009] Art. R222-1 du Code du patrimoine.
[2010] L'intégralité des 35 heures d'enregistrement a été diffusée du 29 octobre au 3 décembre 2000 sur la chaîne « *Histoire* ».
[2011] Du 24 septembre au 5 octobre 2007 sur la chaîne « *Histoire* ».
[2012] Du 21 janvier au 13 février 2002 sur la chaîne « *Histoire* », correspondant à cinquante heures d'archives audiovisuelles.

sont nécessairement des fonctionnaires des greffes. – Les caractéristiques techniques des moyens de communication audiovisuelle utilisés doivent assurer une transmission fidèle, loyale et confidentielle à l'égard des tiers. » Cette expérience a permis le développement de la pratique de la visioconférence, dont la généralisation pose évidemment le problème du caractère public de l'audience.

Le développement de la visioconférence. Cette exception à l'interdiction de réaliser des prises de vue au cours d'une audience pénale, posée pour Saint-Pierre-et-Miquelon, est désormais prévue de manière plus générale à l'article L 111-12 du Code de l'organisation judiciaire.

Ce texte issu de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, qui a repris les dispositions en la matière de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007, dispose : « *Les audiences devant les juridictions judiciaires, sans préjudice des dispositions particulières du code de procédure pénale et du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, peuvent, par décision du président de la formation de jugement, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission.- L'une ou plusieurs de ces salles d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie. - Pour la tenue des débats en audience publique, chacune des salles d'audience est ouverte au public. Pour la tenue des débats en chambre du conseil, il est procédé hors la présence du public dans chacune des salles d'audience.- Les prises de vue et les prises de son ne peuvent faire l'objet d'aucun enregistrement ni d'aucune fixation, hors le cas prévu par les articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine* ».

Un arrêté du 8 septembre 2008 précise les conditions techniques à mettre en œuvre pour les audiences à distance[2013]. Cette disposition permet, d'une part, d'élargir le public suivant une audience en la diffusant dans d'autres salles que celle, bondée, où se déroule le procès. Cette possibilité a notamment été utilisée à l'occasion du procès Fourniret devant la Cour d'assises des Ardennes en 2008[2014].

[2013] Arrêté du 8 septembre 2008 pris pour l'application de l'article R111-7 du Code de l'organisation judiciaire et fixant les caractéristiques techniques des moyens de communication audiovisuelle susceptibles d'être utilisés pour la tenue d'audience dans les juridictions judiciaires. NOR : JUS822529A.

[2014] Pour un exemple d'application lors du procès Fourniret, devant la cour d'assises, le communiqué de presse du 20 mars 2008 du ministère de la Justice relatif au déplacement à Charleville-Mézières de Mme Dati : « *La ministre a visité la salle d'audience de la cour d'assises, la salle de vidéo-transmission ainsi que le chapiteau, qui seront dédiés à la presse et au public* » : « Procès de Michel Fourniret. Déplacement du ministre à Charleville-Mézières », Ministère de la Justice, 20 mars 2008, p. 1 : http://www.justice.gouv.fr/actualite-du-ministere-10030/proces-de-michel-fourniret-14304.html

Un chapiteau retransmettant sur grand écran les prises de vues réalisées dans la salle d'audience avait été installé : en voici la vue intérieure[2015].

Ce chapiteau avait été dressé à côté du bâtiment principal du tribunal de grande instance de Charleville-Mézières. En voici la vue extérieure[2016] :

[2015] Photo Ministère de la Justice.
[2016] Photo ministère de la Justice.

La salle d'audience, elle-même, avait été équipée d'un écran géant, ce qui modifiait la vision du procès du public. Lorsqu'un avocat, un prévenu, un témoin, un expert etc. est à la barre, le son qui parvient aux personne présentes dans la salle, y compris les journalistes sur les bancs de la presse, est plus faible que ce qu'entendent les juges qui font face au locuteur.

Il a été remédié à cette situation depuis longtemps grâce à l'emploi de microphones. En revanche, seule la juridiction peut voir l'expression du visage des personnes qui prennent la parole face à elle. Le public, qui ne voit que le dos de la personne s'exprimant, manque parfois l'essentiel de son intervention, si on considère que la communication non-verbale est une part importante de l'expression des êtres humains. L'utilisation de la vidéo, à l'intérieur des prétoires, remédie à cette situation en créant une relation d'égalité entre les différents spectateurs de la scène, qui se retrouvent tous avec le même champ de vision, permettant d'observer les expressions physiques des différents intervenants à l'audience. Dans certaines cours – nous pensons notamment aux juridictions internationales – cette équidistance est réalisée par la présence de plusieurs moniteurs vidéos à différents endroits de la salle. Cette situation peut aussi être obtenue par la présence d'un grand écran qui retransmet dans la salle d'audience, la scène filmée diffusée dans les autres salles. Cette idée nous rapproche du symbolisme du bouclier d'Ulysse, dans l'Iliade, qui représentait une scène de justice, et qui était rond[2017]. Le cercle est un symbole démocratique et de justice, précisément parce qu'il permet de mettre tout le monde à égale distance, sur sa ligne. C'est ce que M. Salas nomme

[2017] HOMERE, *L'Iliade*, chant XVIII (vers 497-508).

l'idéal « *d'isonomie* »[2018]. La captation et la transmission vidéo aboutissent au même résultat, non plus en raison d'une égale distance entre la scène et le public mais par l'abolition de la distance, autre solution permettant d'établir une égalité d'accès à l'audience.

En voici une illustration avec l'aménagement de la salle d'audience pour le procès *Fourniret*[2019] :

Les craintes suscitées par la pratique de la visioconférence. La pratique de la visioconférence présente un grand mérite pour les pouvoirs publics : générer des économies, particulièrement lorsque les personnes sont détenues et que leur comparution physique nécessiterait extraction et transférement, avec tous les frais d'escorte que cela impliquerait. C'est donc particulièrement concernant des personnes placées en détention que l'usage de la visioconférence se développe, suscitant des craintes qui ont été relayées, récemment, par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. L'emploi de la visioconférence en matière de procédure pénale et pour des personnes placées en détention se rencontre de plus en plus fréquemment pour les auditions ou les confrontations menés par les juges d'instruction, pour le débat préalable à la mise en détention provisoire d'une personne déjà détenue pour une autre cause, pour la prolongation de la détention provisoire, pour l'interrogatoire d'une personne détenue devant un tribunal de police ou une juridiction de

[2018] SALAS Denis, *Du procès pénal*, « Les voies du droit », Paris, PUF, 1992, p. 12.- « *Isonomie : répartition égale, égalité de droits* », Grand Larousse de la langue française, vol. 4, op. cit., p. 2824.
[2019] Photo ministère de la Justice.

proximité, pour les débats contradictoires relatifs à l'exécution des peines, mais aussi pour le jugement sur le fond de personnes détenues. Si dans certains cas, les audiences ne sont pas publiques, il n'en est pas de même de certaines audiences pour lesquelles les tribunaux ont recours à la visioconférence alors même que la publicité de l'audience est alors prévue au soutien des droits de la défense. Dans un avis du 14 octobre 2011 « *relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard des personnes privées de liberté* »[2020], le Contrôleur général des lieux de privation de liberté écrit : « *pour un ensemble de raisons apparemment irresistibles,* tirées essentiellement de nécessités pratiques, la visioconférence est appelée à se développer […] *Le développement inconsidéré d'une telle technique emporte le risque de porter atteinte aux droits de la défense* ». Il s'inquiète particulièrement de l'évolution de la nature publique d'audiences qui sont réputées l'être : « *Lorsque la procédure est publique, les salles d'audience nécessaires à la télécommunication audiovisuelle doivent être, sans exception, ouvertes au public. Lorsqu'elle ne l'est pas, la confidentialité doit être au contraire assurée. En particulier, un procès-verbal contradictoire, rédigée par une personne habilitée à cette fin par l'auteur de la décision, doit assurer a posteriori que l'admission du public a été rendue possible ou, à l'inverse, que le personnel chargé de la garde de la personne privée de liberté n'est intervenu à aucun titre dans le débat : il doit faire état des conditions générales de l'opération* […] *Il ne doit pas être fait recours à la visioconférence dans les matières à trancher où les questions de fait (notamment de preuve) l'emportent sur les questions de pur droit, ou bien lorsque la personnalité de l'intéressé ou ses explications sont un élément déterminant de la décision à prendre. En revanche, la visioconférence doit très généralement être possible pour les audiences de pure forme ou de pur droit. En toute hypothèse, il ne peut y avoir d'obligation de recourir à la visioconférence sauf dans les trois circonstances (alternatives) suivantes, qu'un texte législatif devrait établir : si, autrement, un conseil ne pouvait assister la personne concernée ; si un débat en sa présence est susceptible de mettre en péril, de manière grave et circonstanciée l'ordre public, notamment l'intégrité physique du comparant, de tiers, de victimes ou de témoins ; si, enfin, elle constitue l'unique moyen de respecter le délai raisonnable dans lequel doit s'accomplir la procédure* » indique M. Delarue[2021].

[2020] Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard des personnes privées de liberté, NOR : CPLX1130072 V, J.O. du 9 novembre 2011.
[2021] *Idem.*

Archives. Si nous avons vu que la loi de 1985 votée pour la constitution d'archives est utilisée aujourd'hui pour des diffusions très rapides des audiences enregistrées, la législation contemporaine fait de plus en plus recours à des enregistrements vidéos à toutes les phases de la procédure pénale. Une partie de ce matériel audiovisuel, même s'il n'a pas été créé pour cela, a vocation à devenir un jour des archives. Déjà, les archives audiovisuelles de la Justice gardent des documents qui n'ont pas été réalisés sous le régime de la loi de 1985[2022]. La régime général des archives publiques s'applique alors : il est possible d'obtenir copie de dossiers d'instruction au bout de 75 ans, ou 25 ans après le décès de l'intéressé si ce délai est plus bref[2023] ; par exception, 100 ans ou 25 ans après le décès de l'intéressé si les documents concernent des mineurs ou sont relatifs à l'intimité de la vie sexuelle des personnes. Les procès d'assises enregistrés en vertu des dispositions de l'article 308 du Code de procédure pénale[2024] sont communicables au bout de 75 ans ; ou 100 ans par exception lorsque la communication des documents concerne des personnes qui étaient mineures lors de la procédure ou porte atteinte à l'intimité de la vie sexuelle des personnes.

Perspectives. Les obstacles matériels à une diffusion par l'institution judiciaire elle-même de la captation audiovisuelle d'une audience cèdent les uns après les autres. Internet permet la mise en ligne et l'accès au public sans grand frais ni structure très lourde. Les progrès techniques réalisés en matière d'appareils d'enregistrement ont été gigantesques ces dernières années : la miniaturisation, le silence, la capacité de stockage se sont développés à une vitesse très importante. Il est possible de filmer, sans apport de luminosité, en ayant des connaissances techniques réduites. Ce matériel, par ailleurs, a vu son prix considérablement baisser. Le 17 mai 2010, la télévision américaine a diffusé un épisode d'une série célèbre[2025] qui ne se distinguait pas, en qualité visuelle, des productions habituelles. Le film avait été tourné par le réalisateur Greg Yatanes avec… la fonction vidéo d'un appareil photo reflex qui se trouve dans le commerce à moins de 2.000 euros[2026]. Certes, le réalisateur était talentueux, mais nous comprenons bien que la possibilité d'un appareillage systématique, avec

---

[2022] Les procès en cour d'assises de Koïnde (1986) et Hienghène (1987) en Nouvelle-Calédonie.
[2023] Art. L213-2 du Code du patrimoine.
[2024] Art. 308, 2e al. : « *le président de la cour d'assises peut ordonner que les débats feront l'objet, en tout ou partie, sous son contrôle, d'un enregistrement sonore* ».
[2025] Il s'agissait du dernier épisode de la saison 6 de la série télévisée « *Dr House* ».
[2026] En l'espèce, le Canon 5D Mark II, d'une résolution de 21,1 mégapixels capable d'enregistrer à une fréquence de 24 images par seconde. Les équipes techniques ont utilisé des cartes CompactFlash de 18 Go pour stocker les images : http://www.zone-numerique.com/news_7239_l_episode_final_de_dr_house_tourne_avec_le_canon_eos_5d_mkii.htm ; http://www.lepost.fr/article/2010/04/13/2030602_docteur-house-filme-avec-un-appareil-photo-numerique.html

éventuellement une commande centralisée à un seul endroit d'un palais de justice, est désormais possible aussi bien d'un point de vue technique que financier. Combien de temps faudra-t-il aux services centraux du ministère de la Justice pour se dire qu'un greffier surveillant l'enregistrement vidéo de plusieurs salles d'audiences coûte moins cher au budget de l'Etat qu'un greffier dans chaque prétoire ? Sans doute pas très longtemps, si nous nous penchons sur la circulaire du ministère de la Justice du 5 février 2009 intitulée « *Recours à la visioconférence en vue d'une réduction de 5% du nombre des extractions judiciaires en 2009* »[2027]. Ce texte transmis aux procureurs généraux et aux présidents de cour d'appel indique : « *La nécessaire rationalisation des moyens de l'Etat aussi bien que la réduction à venir des effectifs des services de police et de gendarmerie imposent désormais une mobilisation générale des magistrats et fonctionnaires pour intégrer pleinement le recours à la visioconférence dans leur pratique professionnelle. D'ores et déjà, quelques juridictions, cours et tribunaux, et en leur sein des magistrats et fonctionnaires investis, se sont résolument engagés dans cette voie en particulier dans le cadre des contentieux de la détention, faisant ainsi notablement exception à une utilisation générale particulièrement faible des équipements de visioconférence en matière juridictionnelle. A l'occasion des dialogues de gestion intervenus au second semestre 2008, vous avez déjà été informés que, dans la cadre de la Révision Générale des Politiques Publiques, le ministère de la Justice s'est vu fixer pour objectif, grâce à au recours plus intensif à la visioconférence, de réduire de 5% le nombre des extractions judiciaires (ce qui exclut les prolongations de garde-à-vue et les extractions médicales) au cours de l'année 2009 par rapport à ceux réalisés en 2008. En 2010, ce même objectif devra à nouveau être atteint par rapport aux réquisitions effectuées en 2009. La réalisation de cet objectif implique la responsabilisation financière du ministère de la Justice à l'égard du ministère de l'Intérieur, responsabilité qui se déclinera au niveau de chaque cour d'appel. Le ministère de la Justice en cas de non atteinte partielle ou totale de l'objectif, rembourserait le ministère de l'Intérieur au prorata des extractions non évitées et donc des ETPT*[2028] *engagés pour les réaliser. La performance des cours d'appel sera appréciée au regard du nombre de visioconférences qui auront été réalisées dans le cadre de l'activité juridictionnelle en lien avec des détenus, ayant ainsi permis d'éviter des extractions, et leur responsabilité sera engagée, en début d'année 2010, sur les crédits vacataires* ».

[2027] Ministère de la Justice, Secrétariat général, SG-09-005/SG/03.02.09, 5 février 2009, p. 3.
[2028] Equivalent Temps Plein Travaillé. Pour une explication du mode de calcul, assez complexe, des ETPT: http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/fileadmin/medias/documents/ressources/circulaires/2mpap_07_1469/2mpap_07_1469_annexe3.pdf

Cette volonté gouvernementale se double de moyens techniques : « *un nouveau marché public national visant à compléter l'équipement en visioconférence des juridictions s'agissant particulièrement des cabinets d'instruction, des chambres de l'instruction, des juges des libertés et de la détention, des juridictions de l'application des peines et des cours d'assises* » a été mis en exécution en 2008[2029]. La circulaire souligne, par ailleurs, la volonté de poursuivre « *l'adaptation du droit positif, en matière pénale et civile, pour faciliter et renforcer le recours à la visioconférence dans le processus judiciaire* » et de réfléchir à la manière d'organiser les « *juridictions en faveur d'une utilisation renforcée de la visioconférence* »[2030].

L'installation, déjà réalisée, et le développement qui s'annonce de la vidéo dans les palais de justice, et à toutes les étapes de la procédure, est sans doute le préliminaire à une nouvelle ère de la publicité de la justice : celle d'audiences filmées par l'institution judiciaire elle-même et diffusée par ses propres moyens. La prise en compte des droits de la personnalité des personnes impliquées dans les procédures rend difficilement concevable une large extension de cette manière de procéder. Toutefois, pour des affaires sensibles, où l'intérêt public aussi bien que celui des parties, passe par la publicité d'une procédure qui ne doit faire l'objet d'aucune suspicion, les moyens sont désormais disponibles. Dans un premier temps, d'ailleurs, la diffusion pourrait ne concerner que le prononcé de la décision, pour peu que les juridictions françaises retrouvent le goût démocratique de la motivation à l'audience. C'est à peu de choses près la position exprimée par le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) dans son rapport annuel 2007 : « *les tribunaux doivent s'ouvrir aux modes actuels de communication : on ne peut pas, à la fois, faire le constat d'un important déficit de l'institution judiciaire en ce domaine, et rejeter toute réflexion sur l'entrée des micros et des caméras dans les prétoires. – L'image et le son sont, en effet, de loin désormais les premiers vecteurs de l'information auprès du grand public. Si la justice veut espérer mieux se faire connaître et comprendre, il lui faudra bien se tourner vers ces médias et pas seulement vers la presse écrite, seule actuellement à entrer dans les salles d'audience et à relater directement ce qui s'y passe. – Faute de pouvoir saisir les images et les débats dans les lieux où se rend la justice au quotidien, les caméras et les micros tournent autour des palais de justice, s'adressent aux acteurs du procès qu'ils peuvent entendre dans ces conditions (avocats des parties, parties elles-mêmes, victimes et prévenus ; enquêteurs ou leurs représentants, souvent syndicaux pour la police)* […] *Le domaine est sensible, puisqu'il met en jeu des intérêts et des droits*

[2029] Ministère de la Justice, Secrétariat général, SG-09-005/SG/03.02.09, 5 février 2009, p. 4.
[2030] *Ibid*., p. 6.

souvent aussi contradictoires qu'éminents, tels ceux à la vie privée ou à l'oubli, la liberté d'information et d'expression, la nécessaire protection des personnes faibles ou sans défense (mineurs notamment). Ces difficultés ne peuvent, cependant, justifier qu'on renonce à quelques avancées en ce domaine. Les enjeux et l'utilité pour l'institution judiciaire sont trop cruciaux. On ne peut, en effet, ériger la publicité des débats comme un des meilleurs remparts contre l'arbitraire, et l'une des plus fortes garanties d'un procès équitable, sans s'interroger sur la limitation réelle que l'on pose à ce principe, en interdisant l'accès direct des juridictions aux médias les plus consultés par les citoyens »[2031].

Cette opinion est partagée par M. Laurent Le Mesle, procureur général de Paris, qui a déclaré en octobre 2008 : « *les Français connaissent mal leur justice, mais en réalité* […] *elle fonctionne mieux qu'ils ne le pensent. Les magistrats ont tout à gagner à ce que l'on montre leur travail* […] *il faut sans doute accepter que l'audience ne soit pas retranscrite dans son intégralité, à condition que l'autorité judiciaire puisse veiller à l'équilibre du montage.* »[2032]

De notre point de vue, le blocage est ailleurs : le jour où des juges pourront être vus par un large public en train de juger, traitant le faible de la même manière que le puissant, expliquant leurs décisions, méritant l'adhésion du public ; ce jour là, mais sans doute ce jour là seulement, la justice française prendra le rang de pouvoir au même titre que le pouvoir exécutif ou législatif[2033], perspective peut-être pas réjouissante pour les deux derniers pouvoirs cités.

L'exemple du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel, composée en bonne partie de membres ayant derrière eux une longue expérience politique, a bien compris cette dimension lorsqu'il a fallu mettre en œuvre la procédure de Question Prioritaire de Constitutionnalité. L'article 8 du « règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité » prévoit, à son article 8 : « *L'audience fait l'objet d'une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle ouverte au public dans l'enceinte du Conseil constitutionnel* ». Comme devant les juridictions de l'ordre judiciaire, l'emploi d'appareils captant le son ou l'image sont interdits.

[2031] CSM, Rapport annuel d'activités 2007, pp. 118-119.

[2032] *Le Figaro*, 23 octobre 2008 : http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2008/10/23/01016-20081023ARTFIG00035-le-csm-favorable-aux-cameras-dans-les-pretoires-.php

[2033] Sur ce point, nous noterons que les députés et sénateurs n'accepteraient certainement pas facilement la fin de la diffusion télévisée des questions au gouvernement, tandis que la transmission télévisée, sur des chaînes généralistes à des heures de fortes audiences, des travaux de la Commission Outreau a fait beaucoup pour la crédibilité du Parlement.

Cependant, les services du Conseil constitutionnel assurent eux-mêmes la captation audiovisuelle de l'audience, et sa diffusion sur son site Internet[2034].

Notons que la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'autorité dépend de sa légitimité, et cette dernière de la confiance du public, fait de même pour certaines de ses audiences, même si ce procédé n'est pas systématique[2035].

Conclusion du Titre I

[2034] Art. 9.

[2035] Mais se développe fortement. Nous notons, à ce sujet, que les limites à la diffusion paraissent être d'abord techniques. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer l'évolution des conditions de captation de l'image depuis la mise en œuvre des QPC, et le nombre relatif des vidéos d'audience mise en ligne sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

C’est dans le rapport unissant la justice et le public que se trouve, désormais, la clé de la légitimité de l’institution judiciaire. Ce fait, que ne conteste plus le Conseil Supérieur de la Magistrature, n’est pas intégré par la grande majorité des magistrats qui continuent d’apprécier la qualité de leur travail à l’aune de critères qui ne sont pas les mêmes que ceux du public.

Rendue au nom du peuple français, la justice doit s’adresser au peuple français. Juges et juridictions ont oublié progressivement ce principe tandis que la publicité de la sanction pénale disparaissait, sauf les derniers cas prévus par la loi en matière de publication judiciaire, au profit de la publicité de la seule décision : le contrôle par la publicité a disparu au profit du contrôle par une juridiction de rang supérieur ; la motivation à l’audience a presque toujours cédé le pas à une lecture mécanique du seul dispositif ; la motivation écrite n’est pas adressée au public mais au juge de rang supérieur. Il est donc naturel que l’intérêt du magistrat soit davantage porté sur l’appréciation que son supérieur aura de son travail que sur celle que le public pourrait former.

La justice, dès lors, qu’elle se désinteresse du public oublie sa finalité. Ce constat devient d’autant plus sensible que les crispations identitaires et les crises sociétales s’intensifient. Ce monde a besoin de vertu. La vertu a besoin de publicité.

Dans le même temps, l’institution judiciaire se trouve en présence d’une opportunité historique. Le développement de la technologie numérique lui permet ce qui n’avait jamais été réalisable, ni même pendant longtemps pensable : diffuser de manière très large et à moindre coût sa jurisprudence ; exister publiquement de manière immédiate ; maîtriser la publicité de son action, au-delà de ses salles d’audience. Cependant, en changeant d’échelle la publicité judiciaire change de nature, et il convient d’être très attentif aux intérêts privés et aux droits de la personnalité ce qui paraît, pour l’heure, paralyser quelque peu le législateur.

Tout reste donc à faire : les moyens ne sont rien, sans volonté. L’enjeu, en tout cas, dépasse la seule institution judiciaire : c’est par la justice, notamment pénale, que se consolide ou s’ébranle la confiance dans les pouvoirs publics. Voir l’institution judiciaire prendre son rang selon les règles et le fonctionnement de notre société moderne, tout en respectant ses principes et ses valeurs, est un des principaux enjeux démocratiques de notre époque. Il en va de la crédibilité de l’Etat de droit, c’est-à-dire de la pérennité de l’Etat de droit.

En attendant un éventuel investissement de l’institution judiciaire dans le domaine de son rapport avec le public hors de ses salles d’audience, c’est essentiellement par l’intermédiaire de la presse que les informations relatives aux procédures se diffusent.

Titre II
La publicité hors de la salle d’audience

mise en œuvre par des tiers à l'institution judiciaire

Plan. La reconnaissance, fondée sur les textes internationaux, d'un droit du public à l'information a placé ce dernier au centre du raisonnement concernant des informations relatives à l'activité ou à des décisions judiciaires communiquées par des tiers à l'institution (chapitre 1). L'évolution juridique contemporaine est marquée par cette nouvelle perspective (chapitre 2).

Chapitre 1

Le droit du public à l'information appliqué au procès pénal

Plan. La liberté d'expression a évolué, après guerre, pour devenir dans les textes internationaux et sous l'influence de la doctrine prônée par les Etats-Unis, un véritable droit du public à l'information, y compris judiciaire. Elle est devenue un droit fondamental énoncé par l'O.N.U. (section 1) et dont les effets sont reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 10 de la Convention (section 2).

Section 1. Le principe du droit du public à l'information dans les textes des Nations unies

Plan. Le principe a été reconnu dans la Déclaration universelle de 1948 (§1) et dans le Pacte de 1966 (§2).

§ 1. Dans la Déclaration universelle de 1948

Plan. Enoncée dès la création de l'O.N.U., la liberté d'expression, entendue du droit de toute personne à l'information sur des questions d'intérêt général (A) a été proclamée de manière audacieuse dans la Déclaration de 1948 (B).

A. Un principe énoncé dès la genèse des Nations unies

La première des quatre libertés de Roosevelt. La prééminence de la liberté d'expression peut être observée dans la Déclaration des Droits américains, formée par les dix amendements à la Constitution des Etats-Unis ratifiés en 1791. L'amendement garantissant la liberté d'expression, « *freedom of speech* », occupe la première position de la Déclaration[2036]. Dans son discours historique des « *Quatre libertés* » du 6 janvier 1941 devant le Congrès des Etats-Unis, c'est également en première position que Franklin Delano Roosevelt avait placé la liberté de parole et d'expression[2037], « *freedom of speech and expression* ». Sur ce point précis, l'influence américaine sur la Déclaration universelle des droits de l'homme, a été très importante. Elle s'affiche même dans le préambule de la Déclaration, qui reprend, textuellement et dans le bon ordre, l'énoncé des quatre libertés de Roosevelt[2038], proclamé « *comme la plus haute aspiration de l'homme* ». Concernant la liberté d'expression et le droit à l'information, cette influence s'exerce dès les premières heures de la création de l'O.N.U. et conduira à la reconnaissance de la liberté de l'information comme un droit fondamental

[2036] Le texte du Premier amendement de la Constitution des Etats-Unis est : « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.* », c'est-à-dire : « *Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre.* »

[2037] « *In the future days, which we seek to make secure, we look foward to a world founded upon four essential human freedoms. The first is freedom of speech and expression-everywhere in the world* » : Annual Message of the President to the Congress, January 6 1941, in *A Decade of American Foreign Policy 1941-1949* : *The Four Freedoms*, « Avallon Project », Lillian Goldman Law Library, Yale Law School, lien Internet au 1er août 2011 : http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade01.asp

[2038] Il s'agit du deuxième considérant de la Déclaration, dont la version française proclame : « *Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme* ».

inhérent à tout être humain, ce qui constitue une rupture avec l'état précédent du droit international.

Un droit fondamental énoncé dès les premiers textes de l'O.N.U. Les Nations unies ont très tôt considéré la liberté d'information comme une liberté fondamentale. Cette appréciation apparaît dans la résolution 59 (I) de l'Assemblée générale dès 1946[2039], qui définit la liberté d'information comme *« un droit fondamental de l'homme et la pierre de touche de toutes les libertés à la défense desquelles se consacrent les Nations unies* ». Dès le premier paragraphe de ce texte, l'Assemblée générale des Nations unies exprime d'emblée la double dimension de cette liberté, à la fois droit de l'homme en elle-même et garantie des autres droits de l'homme. L'utilisation de l'expression « *pierre de touche* » pour désigner la liberté d'expression et d'information est révélatrice d'une pensée qui, s'appuyant sur l'enseignement d'évènements alors encore présents dans tous les esprits, considère que les régimes liberticides en général, et totalitaires en particulier, s'attaquent en priorité à la liberté d'expression et d'information pour faire s'écrouler l'édifice démocratique. La liberté d'information peut même être considérée comme un élément caractérisant les régimes démocratiques, puisqu'une telle liberté n'existe pas dans les régimes politiques d'une autre nature. « [U]*ne presse libre pluraliste et indépendante est une composante essentielle de toute société démocratique* » rappelle, plus près de nous, la Déclaration de Windhoek, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO[2040], tandis que celle de Santiago proclame que « [l]*a liberté d'expression est la pierre angulaire de nos démocraties* »[2041]. « *La libre circulation des informations et des idées est au cœur de la notion même de démocratie et est indispensable au respect effectif des droits de l'homme* », résume M. Abdul Waheed Khan, sous-directeur général pour la communication et l'information de l'UNESCO[2042]

Un texte fondateur : la résolution de 1946. Dans sa résolution 59 (I) du 14 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations unies précise que la liberté de l'information « *implique le droit de recueillir, de transmettre et de publier les nouvelles en tous lieux et sans*

[2039] O.N.U., Résolution 59 (I) du 14 décembre 1946 : Convocation d'une Conférence internationale sur la liberté de l'information.
[2040] O.N.U., Résolution 4.3, Conférence générale de l'UNESCO, 26 ème session.
[2041] O.N.U., Déclaration de Santiago du 6 mai 1994, approuvée par la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 28e session en 1995.
[2042] KHAN Abdul Waheed, « Préface », in MENDEL Toby, *Liberté de l'information, Etude juridique comparée*, deuxième édition, UNESCO, 2008.

entraves »[2043]. Le terme « *recueillir* » retenu dans la version française peut induire une certaine idée de passivité, puisqu'elle peut se comprendre comme étant subordonnée à l'action d'un tiers, qui serait l'émetteur réel de l'information. La liberté ici énoncée peut s'entendre du droit de prendre note de l'expression d'un tiers et de diffuser celle-ci. Le terme « *recueillir* » détermine donc un droit de l'information susceptible d'être interprété comme ne permettant pas aux médias d'être acteurs de la recherche de l'information, mais dépendants d'une autre volonté qui émettrait cette information. Cette interprétation est plus difficile à soutenir si on étudie la version anglaise, qui énonce « [f]*reedom of information implies the right to gather, transmit and publish news everywhere without fetters* ». Le verbe « *to gather* » peut effectivement se traduire par *« recueillir* », mais ce verbe anglais induit surtout une idée d'accumulation, d'assemblement, qui renvoie aussi à des traductions qui peuvent être « *assembler, réunir, grouper, amasser, accumuler, rassembler* »[2044]. L'expression « *to gather* » est aussi utilisée en anglais dans la langue courante pour désigner l'action de cueillir des fleurs[2045] ou des fruits. Ce terme renvoie donc à une idée de collecte qui n'est pas passive et qui s'apparente à la réunion d'informations éparses, démarche qui relève plutôt de l'enquête[2046]. D'ailleurs, l'Assemblée générale de l'O.N.U., en voulant pondérer le principe, livre elle-même la solution, y compris dans la version française. La résolution 59 (I), en effet, précise : « *La liberté de l'information exige nécessairement que ceux qui jouissent de ses privilèges aient la volonté et le pouvoir de ne pas en abuser. L'obligation morale de rechercher les faits sans préjuger et de répandre les informations sans intention malveillante, constitue l'une des disciplines essentielles de la liberté de l'information* »[2047]. L'Assemblée générale de l'O.N.U. considère donc bien, dès l'origine, que le rôle des médias est de

---

[2043] O.N.U., Résolution 59 (I) du 14 décembre 1946 : Convocation d'une Conférence internationale sur la liberté de l'information. Dans la version anglaise de cette résolution intitulée *Calling of an International Conference on Freedom of Information*, le texte indique : « *Freedom of information implies the right to gather, transmit and publish news evrywhere without fetters* . »

[2044] DUBOIS Marguerite-Marie (dir.), MAXWELL Landers William (King's College, London), réviseur général, SHATTUCK Roger (Harvard) et COBB Margaret (New York), réviseurs assistants. *Dictionnaire anglais-français*, (coll. Saturne), Larousse, 1981, p. 284 : « *gather […] v. tr. Assembler, réunir, grouper (to reunite).*|| *Amasser, accumuler, recueillir, rassembler (to collect).* || […]). »

[2045] Par exemple dans *Flower Gathering*, le poème de Richard Cartwright Austin : « *I have seen them gather flowers* […] *Their backs are much too stiff and sore/ For gathering flowers any more* ». AUSTIN R.C., *Give God a flower*, Creekside Press, 2002, p. 35.

[2046] D'ailleurs, le substantif qui découle de « *to gather* » en anglais est « *gathering* », qui signifie assemblage, rassemblement, assemblée, réunion, cueillette, récolte. DUBOIS Marguerite-Marie (dir.), *Dictionnaire anglais-français*, *op. cit.*, p. 284.

[2047] La question du droit de rechercher des informations, fondé sur l'emploi du verbe « *to seek* », est généralement traitée par la doctrine au moment de la discussion du contenu du Pacte par la Commission des droits de l'homme, au cours de laquelle, effectivement, ce point a suscité une importante discussion et l'expression d'importants désaccords entre les représentants. Cependant, nous insistons sur ce point : le verbe *to seek* se trouve en relation avec l'idée de la liberté d'expression et d'information dès l'origine, en 1946, dans la résolution initiale de l'Assemblée générale de l'O.N.U.

« *rechercher* » des faits. Surtout, l'Assemblée générale, dans la version anglaise, utilise dès sa première intention le verbe « *to seek* »[2048]. Si nous poursuivons l'étude des travaux des différents organes de l'O.N.U. seulement à partir des documents en anglais, langue qui a souvent été celle dans laquelle les projets originaux ont été établis, nous observons une continuité de la pensée et de l'expression, qui est parfois moins évidente dans la version française. Par exemple, si Déclaration et Pacte contiennent toutes deux le verbe « *to seek* » dans leur article 19, la version française utilise le verbe « *chercher* » dans le premier cas, et « *rechercher* » dans le second.

Un droit de l'homme débattu de manière distincte. L'Assemblée générale de 1946 termine sa résolution en décidant de convoquer tous les membres des Nations unies à une Conférence sur la liberté de l'information, ayant notamment pour objet « *de formuler son opinion sur les droits, obligations et pratiques que devra comprendre la notion de liberté de l'information* ». La convocation de cette Conférence[2049] incite la Commission des droits de l'homme, dont les travaux sont contemporains, à écarter tout débat concernant les éventuelles dispositions relatives à la liberté d'expression et d'information[2050]. La Commission est saisie de deux textes demandant l'inclusion de la liberté d'expression et d'information dans le Pacte international. L'un émane des Etats-Unis, l'autre du Comité de Rédaction de la Commission. Cette dernière estime toutefois que l'étude de ces textes échoit à l'organe spécialisé qu'est la Conférence internationale sur la liberté de l'information[2051]. Point important pour la suite : la rédaction des dispositions devant figurer dans la future Déclaration universelle des droits de l'homme va, dans un premier temps, prendre deux voies divergentes. Les dispositions relatives au procès public dans le cadre du procès équitable – la publicité immédiate –, et celles concernant la liberté d'information appliquée à l'activité judiciaire – la publicité médiate – ne seront pas discutées au sein d'une même instance par les mêmes personnes, ce qui affaiblira la cohérence entre les deux textes au moment où débuteront les travaux destinés à rédiger la Convention européenne des droits de l'homme. Les représentants à Strasbourg disposeront alors d'un projet d'article du Pacte concernant le procès équitable, mais n'auront

---

[2048] « *It requires as a basic discipline the moral obligation to seek the facts...* » Le verbe *to seek* peut se traduire par chercher ou rechercher.

[2049] Dont chaque délégation devait comprendre « *dans chaque cas, des personnes s'occupant effectivement ou ayant l'expérience de la presse, de la radio, des films cinématographiques et de tout autre moyen de transmission de l'information* ». O.N.U., Résolution 59 (I).

[2050] O.N.U., Doc. E/CN.4/57, p. 13 : *« Les deux textes proposés par le Comité de rédaction n'ont fait l'objet d'aucune discussion du Groupe de travail, en raison du fait que la Conférence internationale sur la liberté d'information et de presse doit se tenir en mars 1948* ».

[2051] O.N.U., Doc. E/600 du 17 décembre 1947, p. 10.

pas un texte de même nature pour les dispositions relatives à la liberté d'expression et d'information.

Le dialogue entre la Sous Commission de la liberté de l'information et de la presse et la Commission des droits de l'homme. Ne sachant pas précisément si la question de la liberté de l'information relève de sa compétence, la Commission des droits de l'homme ne va pas totalement se désintéresser du sujet pour autant. Elle affirme tout d'abord son point de vue qui consiste à penser que « *la liberté d'expression et la liberté d'information sont des libertés essentielles* » qui « *doivent être énoncées à la fois dans la Déclaration internationale et dans le Pacte des droits de l'homme*. »[2052] Elle prend notamment en considération l'existence d'une « *Sous Commission de la Liberté d'Information et de la Presse* », créée par le Conseil Economique et Social de l'O.N.U.[2053] auquel la Sous Commission a rapporté directement les travaux de sa première session[2054], et demande que soit décidée la prolongation d'une année de l'existence de cette Sous commission.

Les précisions de la Sous Commission de la liberté de l'information et de la presse. Cette Sous Commission de la liberté de l'information et de la presse[2055], saisie par la Commission des droits de l'homme, travaille à partir du rapport de la seconde session des travaux de cette dernière[2056], à un projet d'articles destinés à la Déclaration des droits de l'homme. Elle aborde le sujet lors de sa deuxième session[2057] à Lake Success, entre le 19 janvier et le 3 février 1948[2058], et décide de créer deux comités de rédaction : l'un travaillera sur le projet de Déclaration des droits de l'homme[2059], l'autre sur le projet de Pacte[2060]. Les Etats-Unis et le Royaume-Uni se partagent les postes clés de rapporteur dans chacun de ces comités. Pour ce qui concerne le projet de Déclaration, la sous-commission recommande le texte suivant :

[2052] O.N.U., Doc. E/600 du 17 décembre 1947, p. 10.
[2053] O.N.U., Résolution 46 (IV) du 28 mars 1947 du Conseil Economique et Social de l'O.N.U.
[2054] O.N.U., Doc. E/441.
[2055] Composée des représentants de l'Australie, la Belgique, de la Chine, de l'Equateur, des Etats-Unis, de la France, de Haiti, de l'Inde, de l'Iran, du Royaume-Uni, de Suède et de l'URSS. O.N.U., Doc. E/325, p.4.
[2056] O.N.U., Doc. E/600.
[2057] Les comptes rendus des réunions de cette deuxième session se trouvent dans les documents O.N.U., E/CN.4/Sub.1/SR.24 à E/CN.4/Sub.1/SR.47.
[2058] O.N.U., Doc. E/CN.4/80 du 6 février 1948. Document en français, original en anglais. 19 p.
[2059] Ce comité de rédaction était composé de George Ferguson (Canada, président), A. Kackenzie (Royaume-Uni, Rapporteur), André Géraud (France).
[2060] Ce comité de rédaction était composé de C. Christensen (Norvège, président), Zechariah Chafee Jr (Etats-Unis, rapporteur), José Mora (Uruguay).

« *Tout individu a droit à la liberté de pensée*[2061] *et d'expression ceci implique le droit d'exercer la liberté d'opinion sans être inquiété et de chercher, de recevoir et de faire connaître les nouvelles et les idées par quelque moyen que ce soit sans considération de frontières.* »[2062]

Cette formulation, qui précise le texte de la recommandation de 1946, va se révéler essentielle pour le droit de la presse moderne, dont elle signe l'entrée dans une nouvelle ère par l'affirmation de trois points capitaux : le droit de chercher des informations, un droit à l'information envisagé de manière internationale, un droit d'accès à toutes les techniques de communication.

Le droit de chercher les informations. Le premier point est le remplacement, dans ce texte, du terme « *recueillir* » qui était celui de la Résolution 59 (I) par celui de « *chercher* ». Chercher des informations implique une autre attitude que se contenter de les recueillir. Cette reconnaissance d'un droit de chercher des informations complète un dispositif qui envisage la liberté d'information comme globale, protégeant toute la chaîne de l'information, depuis l'accès au fait ou à l'opinion jusqu'à la diffusion effective de l'information au public. Cet ajout du mot « *chercher* » va aussi fonder ultérieurement la licéité du journalisme d'investigation, et va être déterminant dans l'émergence d'une doctrine non plus du droit de l'information, mais du rôle social des journalistes dans le cadre de la reconnaissance d'un droit du public à l'information.

Un droit envisagé dès l'origine dans un contexte international. Le second ajout est le renforcement du caractère international du droit relatif à la liberté d'expression et d'information ; le terme « *en tous lieux* » de la résolution initiale, devenant « *sans considération de frontières* » sous la plume de la Sous commission. Dans les textes ultérieurs, le droit à l'information sera le seul droit de l'homme envisagé textuellement comme s'appliquant dans un cadre international. Cette liberté fondamentale est donc internationale, et même supranationale, par nature, ce qui induit forcément une régulation dont l'efficacité commande qu'elle soit envisagée, elle aussi, de manière supranationale.

Un droit d'accès à tous les moyens techniques d'information. Le troisième est la proclamation sans ambigüité, par l'expression « *par quelque moyen que ce soit* », du droit de

[2061] La Sous-Commission soumet à la Commission la demande de modifier le terme « *pensée* » par celui d'« *opinion* ».
[2062] O.N.U., Doc. E/CN.4/80. Document en français, original en anglais, p. 4.

tout être humain d'accéder à tout moyen technique permettant de chercher, recevoir et diffuser l'information. Combinée à la liberté de l'information envisagée dès l'origine dans un cadre international, cette disposition garantissant l'accès à tout moyen technique se révélera fondamentale, par la suite, à l'heure de l'émergence des nouvelles technologies de l'information, à commencer par celles liées à Internet.

B. Une formulation conforme à la volonté américaine

La dissidence française. Ce texte matriciel a été adopté par neuf voix contre une seule, celle du représentant français, André Géraud, qui a fait insérer la note suivante : *« M. Géraud a voté contre ce texte parce qu'il ne mentionnait pas la responsabilité qu'implique à son avis le droit à la liberté d'expression.* »[2063] Cette divergence originelle est profonde, et révèle la grande différence avec laquelle les Etats-Unis et la France abordent la question de la liberté d'expression, même si cette opposition va être en partie occultée, au cours des débats qui vont suivre, par l'affrontement frontal et idéologique entre les Américains et les Soviétiques.

Le poids des anglo-saxons. La Conférence sur la liberté de l'information se déroule du 23 mars au 21 avril 1948 à Genève. Bien davantage qu'au sein de la Commission des droits de l'homme, la domination de l'Angleterre, et surtout des Etats-Unis, y est palpable, comme le rapporte un des membres de la délégation française, Jacques Kayser, pourtant habitué à ce type de réunions internationales : « *Ma dernière impression est un peu pénible pour un Français. Il existe, en effet, dans les organisations internationales, un déclin du français, non seulement en ce qui touche l'usage de la langue, mais encore quant au mode de raisonnement et de procédure. Autant on pouvait dire que la Société des Nations était, avec un certain nombre de concessions aux anglo-saxons, une machine adaptée au mécanisme français, autant on peut dire qu'à l'O.N.U la langue anglaise, les méthodes de penser et d'agir anglaises, et surtout américaines, ont le dessus* »[2064]. A Genève, deux thèses s'affrontent. Celle des Américains, d'une part, qui plaident pour la liberté totale en matière d'information, soutenant la théorie du « *free flow* »[2065]. Celle des Soviétiques, d'autre part, qui, minoritaires,

[2063] *Ibid.*, p. 4.
[2064] KAYZER Jacques, « La Conférence des Nations unies pour la liberté de l'information », *Politique étrangère*, n°3, 1948, p. 246.
[2065] Littéralement : « *débit continu* ». - « *Sur le problème général que nous avions à aborder, celui de la liberté de l'information, de l'accès aux sources d'information, de la transmission d'information, la thèse américaine*

demeurent arc boutés sur le principe de la souveraineté nationale[2066], et qui conçoivent la presse comme un instrument d'éducation du peuple et de lutte sociale, destiné notamment à combattre le « *fascisme* ».

Une position française médiane. Entre les deux, la délégation française est celle qui se fait le plus entendre, tentant comme René Cassin au sein de la Commission des droits de l'homme, d'établir un pont entre les blocs soviétique et américain engagés dans un véritable dialogue de sourds. Amendant la position soviétique en déclarant qu'une parcelle de souveraineté nationale peut être abandonnée par les Etats, sur le principe de la réciprocité et au nom de la paix mondiale, les Français ne souscrivent pas pour autant à la position américaine. Insistant sur les devoirs de la presse autant que sur ses droits, la délégation demande que des limitations à la liberté d'information et d'expression soient posées dans le texte. En ce sens, la position française est fidèle à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui proclame « [l]*a libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi* ». Les propositions et amendements français font apparaître la notion de « *responsabilité de la presse* » qui ne se retrouve pas dans la position américaine qui envisage plutôt la liberté d'expression comme totale.

Une différence fondamentale entre la France et les Etats-Unis. La différence entre les positions française et américaine est fondamentale. La seconde peut même être analysée comme une réaction à la première, et la conséquence de la perception même de l'idée de vérité séparant les deux cultures. Les effets de cette différence dépassent la question de la liberté d'expression pour irriguer d'autres parties du droit, à commencer, nous l'avons souligné précédemment, par les règles encadrant la procédure pénale. Le principe

---

était celle de la liberté intégrale, c'est-à-dire la liberté sans aucune espèce de faille possible, la liberté avec tous les avantages, mais aussi tous les abus qu'elle peut entraîner. » : KAYSER Jacques, *op.cit.*, p. 246.

[2066] L'intervention du représentant soviétique Vichinsky lors de la 183e réunion plénière de l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 10 décembre 1948 est, de ce point de vue, éclairante : « *La propagande dirigée contre la souveraineté nationale, sous la forme déguisée d'attaques contre la souveraineté absolue, n'est autre qu'une préparation idéologique en vue de la reddition politique d'un pays à un Etat plus fort et à sa puissance économique. La délégation de l'URSS estime nécessaire de mettre en garde les membres contre ces tentatives et de mettre en garde l'opinion publique contre ces plans de domination mondiale qui menacent l'indépendance et la prospérité d'autres Etats plus faibles* ». O.N.U., Doc. A/PV.183, pp. 924-925. - KAYSER Jacques, op. cit., p 247 : « [L]*a thèse soviétique était essentiellement fondée sur la volonté de respecter, dans son intégralité la plus complète, le dogme de la souveraineté nationale* ».

communément défendu aux Etats-Unis, et protégé par le premier amendement de la Constitution de ce pays, a été résumé par Mill : «[T]*he peculiar evil of silencing of expression of an opinion is, that is robbing the human race, posterity as well as the existing generations; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong they lose, what is almost as great as benefit, the clearer perception and livelier impression of thruth, produced by its collision with error.* » [2067] Nous pouvons observer le recours à cette idée à des fins procédurales, au début du XXe siècle, dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, avec par exemple l'opinion dissidente, véritable ode au pragmatisme, du Juge Holmes en 1919, « *the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market* »[2068], qui considérait donc, reprenant la philosophie de Mill, que la meilleure épreuve pour la vérité était sa mise en compétition avec d'autres affirmations dans le cadre de ce qu'il désigne comme un « *marché* ». Ce « *marché* » des opinions et affirmations différentes, peut, tout à la fois, être celui organisé par la procédure pénale dans le cadre du procès, et celui de l'espace public, tel que le définira plus tard M. Jürgen Habermas. Classiquement, les philosophes irlandais George Berkeley[2069], et écossais David Hume[2070] sont cités aux Etats-Unis[2071] comme ayant inspiré le premier amendement de la Constitution américaine. C'est oublier un auteur plus ancien, qui s'exprimait en français : Pierre Bayle[2072]. Considéré comme calviniste, Bayle a du fuir la France après la révocation de l'Edit de Nantes en 1685. Il s'installa en Hollande où il développa une philosophie particulière dont le cœur consiste à rejeter l'intolérance religieuse. Tout dogme qui n'est pas confronté à l'usage de la Raison est, pour lui, fragile comme du verre : si Dieu a donné à l'homme l'usage de la Raison, c'est pour qu'il s'en serve. La Foi ne peut s'appuyer que sur la Raison, donc sur la persuasion et non sur la contrainte. On trouve cette affirmation, deux siècles avant Mill dans un petit livre,

---

[2067] Nous traduisons : « [C]*e qu'il y a particulièrement de mauvais à imposer le silence à une opinion, est que c'est voler l'espèce humaine, la postérité autant que la génération existante, ceux qui s'écartent de cette opinion encore plus que ceux qui la soutienne. Si cette opinion est juste, on les prive d'une chance de quitter l'erreur pour la vérité ; si elle est fausse, ils perdent ce qui est un bénéfice presqu'aussi grand ; la perception plus claire et l'impression plus vive de la vérité, produite par sa confrontation avec l'erreur* ». MILL John Stuart, *On Liberty* [1859], Londres, Longmans, green & Co, 1867, p. 10.
[2068] Cour Suprême des Etats-Unis, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
[2069] 1685-1753.
[2070] 1711-1776.
[2071] BLASI Vincent, « *The Checking Value in First Amendment Theory* », *Law & Social Inquiry*, vol. 2, July 1997, pp. 521-649.
[2072] 1647-1706.

au titre peu engageant[2073], dans lequel Bayle veut démontrer que, contrairement à la doctrine augustinienne, les paroles de Luc « *Contraint les d'entrer* »[2074], ne peuvent pas être interprétées comme un fondement biblique autorisant la coercition en matière de croyance religieuse. Bayle écrit : « *l'excellence de l'Evangile* [est qu'il] *spiritualise l'homme, & qu'il le trait*[e] *en créature raisonnable, & d'un jugement formé* [.] *Or de là s'ensuit, que l'Evangile demande très particulièrement qu'on le suive pas Raison* […] *qu'il ne veut pas que la peur des Hommes, ou la crainte d'être misérables, nous engage à le suivre extérieurement, sans que notre cœur soit touché, ni notre Raison persuadée. Il ne veut donc qu'on force personne, ce serait traiter l'Homme en Esclave.* »[2075] Pour Bayle, la Foi et la Vérité s'acquièrent par un libre examen personnel ; la Vérité ne s'impose pas par la coercition juridique, mais par sa victoire sur l'erreur dans un espace public dans lequel l'expression est totalement libre. Tout système dogmatique doit être rejeté, car protéger la Vérité par des règles coercitives, c'est l'affaiblir. Elle a, en effet, besoin de l'erreur pour se fortifier en la vainquant, ce qui permet de l'imposer dans l'esprit du plus grand nombre : « *plus les Règles de la Justice, & les Principes des Mœurs sont dévelopez, éclaircis, & étendus, plus est-on inéxcusable de ne pas s'y conformer.* »[2076] Mill n'écrira jamais rien d'autre, et plusieurs auteurs de la fin du XXe siècle pensent que le vrai inspirateur du premier amendement de la Constitution des Etats-Unis se nomme Pierre Bayle[2077], et certainement pas John Locke[2078]. Certains ont même prouvé qu'une édition en anglais des *Commentaires philosophiques* de Bayle se trouvait dans la bibliothèque de Thomas Jefferson, dans laquelle travaillait James Madison, l'auteur du *Bill of Rights* américain[2079] au moment où il rédigeait le premier amendement. C'est donc plus qu'une nuance qui sépare les représentants français et américains au lendemain de la Seconde guerre mondiale : ce sont, du point de vue américain, les persécutions religieuses, le poids de l'histoire, la liberté de croyance et de parole offertes en réaction à l'intolérance religieuse en Europe – et particulièrement en France – par le sol et les lois américaines, et une doctrine victorieuse politiquement et militairement, illustration de

---

[2073] BAYLE Pierre, *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jesus-Christ « Contrain-les d'entrer » ou Traité de la tolérance universelle*, tome 1, fac-similé de l'édition publiée en 1713 à Rotterdam par Fritsch et Böhm, Rotterdam, Elibron Classics, 2005, 233 p.
[2074] Luc, 14.23.
[2075] BAYLE Pierre, *Commentaire…, op. cit.*, pp. 163-164.
[2076] *Ibid.*, p. 160.
[2077] BRACKEN Harry, *Bayle, Berkeley and Hume*, Eighteenth-Century Studies, n° 11, 1977, pp. 227-245; PITTION Jean-Paul, *Hume's Reading of Bayle : An Inquiry into the Source and Role of the Memoranda*, Journal of the History of Philosophy, n° 15, 1977, pp. 373-386.
[2078] Sa position envers les athées n'était guère tolérante...
[2079] BRACKEN Harry, *Bayle and the origin of the Doctrine, in Freedom of Speech : words are not deeds*, Greenwood Publishing Group, 1994, p.10.

la supériorité morale des Etats-Unis, qui a été exprimée par Roosevelt lors de son discours des « *Quatre libertés* » : garantir la liberté de parole, garantir la liberté de croyance.

La validation du texte de la Sous commission par la Conférence sur la liberté de l'information. La Conférence sur la liberté de l'information de mars et avril 1948 rédige trois projets de convention et adopte quarante-trois résolutions [2080]. Comme au sein de la Commission des droits de l'homme, la question de l'applicabilité aux colonies d'une éventuelle convention relative à la liberté de l'information suscite un vif débat. Le principe d'une clause laissant leur pouvoir d'appréciation aux Etats souverains est adopté à une faible majorité. La Conférence avait pour ambition de créer des instruments juridiques destinés à protéger la liberté de l'information, à commencer par une Convention internationale relative à la liberté de l'information, mais les différences d'appréciation au sujet de cette question étaient trop importantes entre les Etats. Cette démarche d'un texte particulier relatif à la liberté de l'information n'aboutira donc pas, contrairement au but fixé. La Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information, cependant, s'est accordée sur le texte suivant, validant la proposition de la Sous commission : « *Tout individu a droit à la liberté de pensée et d'expression, ce qui implique le droit d'exercer la liberté d'opinion sans être inquiété et de chercher, de recevoir et de faire connaître les nouvelles et les idées par quelque moyen que ce soit et sans considération de frontières.* » [2081]. C'est ce texte, malgré une fois encore les objections françaises, qui est transmis à la Commission des droits de l'homme. Ses principes vont devenir ceux de la Déclaration universelle de 1948, puis ceux du Pacte de 1966.

L'ultime discussion devant la Commission des droits de l'homme. La Commission des droits de l'Homme aborde sa troisième session avec cette proposition de texte transmise par la Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information. L'article de la Déclaration relatif à la liberté de l'information est abordé les 7 et 8 juin 1948[2082]. Des amendements sont déposés par la Chine, la France et l'URSS. Le représentant soviétique veut autoriser la liberté d'expression conformément « *aux principes démocratiques* » et la limiter en cas de « *propagande fasciste* » ou « *d'incitation à la guerre* » en prévoyant une « *assistance*

[2080] Acte final de la conférence. O.N.U., Doc. E/CONF.6/79.
[2081] O.N.U., Doc. E/CN.4/95, p. 8. Le texte proposé a été adopté par la Conférence par 29 voix contre 6, parmi ces dernières, celle de la France.
[2082] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.62, E/CN.4/SR.63 et E/CN.4/SR.64 : comptes rendus des séances du lundi 7 juin à 14 h 30 et du mardi 8 juin à 10 h 45 et à 14 h 50.

matérielle des gouvernements aux organes de presse démocratiques. »[2083] Il ajoutera, dans la suite des débats, une proposition de restriction au bénéfice de la sécurité de l'Etat, estimant que le texte proposé permet tous les abus, notamment en ce qui concerne des activités d'espionnage[2084]. René Cassin exprime, à nouveau, l'opposition française à ce texte en soutenant l'idée de l'ajout de la notion de responsabilité dans l'article relatif à la liberté de l'information. Le représentant anglais souligne que le texte proposé a été adopté à une très grande majorité par la Conférence, cette dernière étant constituée par une large représentation des Etats, représentation s'approchant davantage de la composition de l'Assemblée générale des Nations unies – qui sera l'ultime arbitre –, que de celle de la Commission des droits de l'homme. Il ajoute que les objections françaises ont déjà été développées lors de la Conférence sur la liberté de l'information; ces objections françaises n'ayant recueilli l'adhésion que d'une faible minorité. René Cassin se range à l'argument et retire son amendement[2085]. L'amendement chinois est formel. Son principe est reçu et la rédaction du projet d'article est confiée à un sous-comité[2086] qui rend son projet lors de la séance de l'après-midi du mardi 8 juin 1948. Son texte est adopté. Conforme à l'approche américaine tout au long des débats, il ne contient aucune restriction et est ainsi rédigé : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de faire connaître les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit et en tous lieux sans considération de frontière* ». Sa forme sera encore légèrement remaniée, sans toucher au fond, avant de devenir l'article 19 de la Déclaration universelles des droits de l'Homme : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* ».

La consécration d'un droit inhérent à toute personne humaine. L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît donc la liberté d'expression et d'information comme un droit fondamental inhérent à toute personne humaine. Le texte ne reconnaît pas seulement le droit de tout être humain de s'exprimer, mais aussi de chercher, de recevoir et de répandre informations et idées, sans que puisse lui être opposée une restriction

[2083] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.63, p. 2.
[2084] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR.64, p. 3.
[2085] *Ibid.*, pp. 13-14.
[2086] Composé des représentants du Liban, des Philippines, du Royaume-Uni et de la Chine. Les représentants du Liban et du Royaume-Uni se sont prononcés au cours des débats pour le principe de liberté sans restriction prôné par les Etats-Unis.

de moyens techniques ou de limitation spatiale. Il fallait cependant qu'un instrument international donne une force contraignante à ces principes. Pour l'O.N.U., cet instrument sera le Pacte relatif aux droits civils et politiques.

§ 2. Dans le Pacte de 1966

Plan. Les discussions au sujet de la liberté d'expression dans le Pacte ont été plus ardues dès lors qu'il ne s'agissait plus seulement d'énoncer un principe de manière abstraite mais aussi d'en limiter le champ dans un texte ayant vocation à produire des effets juridiques (A). Le principe du droit du public à être informé a cependant été conservé dans une formulation audacieuse pour l'époque et pour différentes parties du monde (B).

A. Les discussions au sujet de la portée du droit à l'information

Pas de position commune de la Commission avant les travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme. Concernant la liberté d'expression et la différence des garanties relatives à la procédure pénale, la Commission des droits de l'homme n'est pas parvenue à une position commune au cours de sa cinquième session de mai-juin 1949. Les divergences sont trop importantes et, face à ces divergences, une question préalable est à trancher : la protection de la liberté de l'information doit-elle se trouver dans le Pacte ? Les membres de la Commission des droits de l'homme estiment que la décision est de nature politique et dépasse leur mandat. Le représentant chinois rencontre l'assentiment de ses collègues, lorsqu'il propose que l'avis des gouvernements soit requis afin de déterminer si le « *Pacte international relatif aux droits doit* […] *comprendre un article concernant la liberté de l'information même s'il existe une convention indépendante sur la liberté de l'information ?* »[2087] Ce qui signifie, qu'il n'y aura pas, pour cette liberté, d'article rédigé dans un projet de Pacte lorsque les travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme débuteront, quelques mois plus tard. La Commission est tout de même saisie de trois projets d'articles émanant de la France, de l'Union soviétique et par la Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information.

La proposition de la France. Le premier projet est français[2088]. Il n'envisage pas le droit de chercher des informations, pas plus que le caractère international de la liberté d'information. Surtout, il prévoit un régime juridique permettant d'encadrer strictement cette liberté par la

[2087] O.N.U., Doc. E/CN.4/350, p 38.
[2088] *Ibid.*, p. 38.

prévision de domaines permettant une restriction de cette liberté dès lors que le principe de légalité est respecté :

« *1. La parole est libre. Toute personne est libre d'exprimer et de publier ses idées par tout moyen de son choix.* »

« *2. Toute personne est libre de recevoir et de diffuser des informations de toute espèce notamment des faits, des appréciations critiques et des idées, par le livre, le journal, l'enseignement oral ou tout autre moyen* ».

« *3. Les libertés visées aux paragraphes précédents ne peuvent être soumises qu'aux restrictions, sanctions et responsabilités fixées par la loi pour la sauvegarde de l'ordre public, de la sécurité nationale et des bonnes mœurs et le respect des droits, de la réputation et des libertés d'autrui* ».

La proposition de l'Union soviétique. Le second projet est défendu par le représentant de l'U.R.S.S[2089]. Il rejoint la proposition française, mais ne garantit pas, comme cette dernière, le droit de recevoir l'information. Les domaines ouvrant droit à une restriction de la liberté d'expression, sont d'une autre nature que ceux avancés par la France, et le principe de la légalité de ces restrictions n'est pas posé :

« *Toute personne doit se voir garantir par la loi, dans l'intérêt de la démocratie, le droit d'exprimer librement ses opinions, notamment la liberté de parole et de presse, ainsi que d'expression artistique, à la condition de ne pas se servir de la liberté de parole et de presse pour la propagande en faveur de la guerre, l'incitation à la haine entre les peuples, la discrimination raciale et la diffusion de rumeurs calomnieuses* ».

L'opposition des Etats-Unis. Ces deux projets ne sont guère inspirés par la pensée de Pierre Bayle, de Berkeley ou de Mill, et l'usage qui pourrait être fait de ces textes paraît peu conforme aux principes posés par le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis. Eleanor Roosevelt intervient donc, et fait noter dans le rapport final l'observation suivante [2090] : « *La représentante des Etats-Unis souligne que les textes proposées par l'Union des Républiques socialistes soviétiques et par la France* […] *ne doivent pas être insérés dans le Pacte, car ils tendraient à faire promulguer des textes législatifs limitant la liberté de parole et la liberté de la presse* ».

[2089] *Ibid.*, p. 39.
[2090] O.N.U., Doc E/CN.4/350, p. 64.

La proposition de la Conférence des Nations unies. Le troisième projet, enfin, est celui arrêté par la Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information, sous influence anglo-saxonne. L'idée d'une démarche active destinée à accéder aux faits et aux idées a encore été renforcée puisque le terme « *chercher* » a été remplacé par celui de « *rechercher* », qui implique une plus grande intensité dans la démarche. Rechercher, en effet, c'est « *chercher à nouveau* »[2091], ou « *chercher avec soin* »[2092].

« *1. Tout individu a droit à la liberté de pensée et à la liberté d'expression*[2093] *sans qu'il puisse y avoir d'ingérence gouvernementale. Ce droit comprend la liberté d'opinion, la liberté de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées sans considération de frontières sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par des procédés visuels ou auditifs légalement admis.* »

« *2. Le droit à la liberté d'expression comporte des devoirs et des responsabilités, et peut en conséquence être soumis à des sanctions, conditions ou restrictions clairement définies par la loi mais seulement en ce qui concerne :* […] »

Suit la liste des vingt-deux restrictions que le Comité de rédaction propose. Huit figuraient dans le document transmis par la Conférence. Quatorze ont été rajoutées par le Comité à partir des discussions de la Conférence. Plusieurs concernent des restrictions de l'information en ce qui concerne spécialement l'activité de la justice, à savoir :

Dans les documents transmis par la Conférence :

« *e. Les expressions d'opinion qui compromettent le cours régulier de la justice* ».

Dans les ajouts du Comité de rédaction :

« *4. Les expressions nuisibles à la décence ou à la morale publique (telles que le compte-rendu des crimes, des exécutions et des suicides ou les comptes rendus judiciaires sensationnels* ».

« *9. La divulgation de renseignements gouvernementaux (sauf dans les cas intéressant la sécurité nationale, par exemple en matière économique et sociale, tels que les comptes rendus sur les récoltes, le rendement de l'impôt sur le revenu, les bénéficiaires des allocations chômage et les instances judiciaires en cours).* »

[2091] *Grand Larousse de la langue française, op. cit.*, p. 4929.
[2092] Idem.
[2093] Cette formulation, qui distingue la liberté de pensée et la liberté d'expression, est la conséquence d'un amendement américain à la Conférence, les Etats-Unis voulant préciser de la sorte que si la liberté d'expression peut être soumise à des limitations et des sanctions, la liberté de pensée ne peut être soumise à aucune restriction : O.N.U., Doc. E/CONF.6/C.4/SR.5, p7.

Très partagé sur la forme à donner à cet article, qu'elle ne sait pas de quelle manière aborder, la majorité de la Commission des droits de l'Homme est cependant d'accord sur un point : la nécessité de protéger la « *liberté de l'information* »[2094], définie comme un « *droit fondamental de l'homme* » par l'Assemblée générale de l'O.N.U.[2095]. Elle reviendra sur le sujet à l'occasion de sa sixième session, alors que de l'autre côté de l'Atlantique les représentants européens planchent sur le même sujet à Strasbourg.

Un texte rédigé à partir de l'avis des Etats. La sixième session de la Commission se réunit du 27 mars au 19 mai 1950, pour rédiger un texte provisoire du « *premier Pacte international relatif aux droits de l'homme* »[2096]. La Commission avait communiqué son projet de Pacte aux gouvernements à l'issue de la cinquième session. Il débute la session suivante avec des réponses de l'Australie, du Danemark, des Etats-Unis, de la France, de l'Inde, d'Israël, de la Norvège, des Pays-Bas, des Philippines, du Royaume-Uni, de l'Union soviétique et de la Yougoslavie. Cette nouvelle phase de la discussion voit l'entrée en lice des propositions des pays anglo-saxons.

La proposition des Etats-Unis. Les Etats-Unis sont les premiers à intervenir, soutenant l'idée d'une liberté fondée sur une démarche active de la recherche de l'information, tout en prévoyant des limitations, légalement prévues, à cette liberté. Ils proposent un article sur la liberté d'expression rédigé de la manière suivante :

« *1. Toute personne aura le droit d'exercer, sans qu'il puisse y avoir ingérence des pouvoir publics, la liberté d'opinion, la liberté de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations, des opinions et des idées sans considération de frontières, par la parole, la presse, l'art ou tout autre moyen.* »

« *2. L'exercice de ce droit ne peut être soumis qu'à des restrictions conformes à la loi et nécessaires pour la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé publique, des bonnes mœurs ou des droits et libertés d'autrui.* »[2097]

La proposition du Royaume-Uni. Le Royaume-Uni défend l'idée d'une énumération précise des restrictions à apporter à la liberté de l'information, sans toutefois, que la liste proposée par

[2094] O.N.U., Doc. E/CN.4/SR. 37, 120, 170 et 171.
[2095] O.N.U., Résolution 59 (I).
[2096] O.N.U., Doc. E/1681 : Rapport de la sixième session. Les comptes rendus analytiques peuvent être trouvés sous les cotes E/CN.4/SR.136 à 201.
[2097] O.N.U., Doc. E/CN.4/353/Add.1, du 4 janvier 1950, p 7.

la Conférence sur la liberté de l'information lui paraisse satisfaisante. Il ne soutient pas l'idée d'une recherche active de l'information. Les Britanniques proposent donc le texte suivant :

« *1. Tout individu a droit à la liberté de pensée et à la liberté d'expression sans qu'il puisse y avoir d'ingérence gouvernementale. Ce droit comprend la liberté d'opinion, la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées, sans ingérence gouvernementale et sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée, artistique ou par des procédés visuels ou auditifs dûment autorisés.* »

« *2. L'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut en conséquence être soumis à certaines sanctions, conditions ou restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires dans l'intérêt de la sécurité nationale ou pour empêcher les désordres et les actes criminels, pour sauvegarder la sécurité publique, l'hygiène ou la morale, pour protéger la réputation et les droits d'autrui, pour empêcher la divulgation de renseignements reçus en confidence ou pour défendre l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* »[2098].

L'intervention de l'Australie. L'Australie aborde la question de la liberté de l'information dans ses observations pour proposer que soient prévues des restrictions à la liberté de l'information qui pourrait particulièrement toucher le compte-rendu judiciaire, puisque ces restrictions s'exerceraient « *dans l'intérêt de la sécurité nationale ou des bonnes mœurs, ou lorsque l'intérêt d'individus tels que les mineurs, les femmes, les délinquants primaires ou les incapables l'exig*e. »[2099]

La proposition remaniée de la France. Le gouvernement français propose un texte remanié par rapport à la version que son représentant avait soutenu lors de la cinquième session, et qui avait essuyé la critique américaine. La France n'adhère, cependant, toujours pas à l'idée d'une garantie du droit de rechercher activement des informations. La nouvelle rédaction de la proposition française est la suivante :

« *1. La parole est libre. Toute personne est libre d'exprimer et de publier ses idées par tout moyen de son choix.* »

« *2. Toute personne est libre de recevoir et de diffuser des informations de toute espèce, notamment des faits, des appréciations critiques et des idées par le livre, le journal ou tout autre moyen. Des mesures seront prises en vue de supprimer les obstacles d'ordre*

[2098] O.N.U., Doc. E/CN.4/353/ Add.2, du 6 janvier 1950, pp. 5 et 6.
[2099] O.N.U., Doc. E/CN.4/353/Add.10, du 22 mars 1950 p. 9.

politique, économique, technique ou autres de nature à porter atteinte à la liberté de l'information. »

« *3. Les libertés visées au paragraphe précédent ne peuvent être soumise qu'aux restrictions, sanctions et responsabilités fixées par la loi pour la sauvegarde de l'ordre public dans une société démocratique, de la sécurité nationale, des bonnes mœurs et le respect des droits de la réputation et des libertés d'autrui.* »[2100]

B. La liberté de « *rechercher, de recevoir et de répandre des informations* »

Le texte adopté par la Commission. La Commission des droits de l'homme adopte finalement un article 14, dont les garanties fondamentales correspondent à celles défendues par les Etats-Unis, notamment au sujet du droit de rechercher des informations. Le texte est ainsi rédigé :

« *1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions* ».

« *2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par tout autre moyen de son choix* ».

« *3. Le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales et peut, en conséquence, être soumis à certaines sanctions, obligations ou restrictions, qui devront toutefois être expressément fixés par la loi et strictement nécessaires à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé publique ou des bonnes mœurs, ou des droits, des libertés ou de la réputation d'autrui.* »[2101]

Ordre public et *public order*. La France précise avoir ajouté dans sa proposition le terme « *dans une société démocratique* » après « *ordre public* » en s'inspirant de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, pour bien faire comprendre le sens qu'elle entendait donner à cette expression. Cette précision s'impose particulièrement puisque le terme « *ordre public* » n'a pas le sens de « *public order* » qu'on trouve en anglais dans la

[2100] O.N.U., Doc. E/CN.4/353/Add.8, p. 5.
[2101] O.N.U., Doc. E/1681, p.18.

proposition américaine. Dans les pays de *Common law*, le « *public order* » désigne l'absence de désordre. L'expression *« pour empêcher les désordres* » de la traduction française de la proposition britannique apparaît, de ce point de vue, particulièrement pertinente. « *L'ordre public* », en revanche, a un tout autre sens dans les pays de droit civil comme la France, où ce concept juridique est notamment invoqué pour modifier ou annuler des accords privés, pour exercer des pouvoirs de police, permettre à un juge d'utiliser un moyen procédural non soulevé par les parties, ou pour appliquer ou non un droit étranger. Pour Portalis, « *le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au dessus de la volonté générale. Ce serait dissoudre l'Etat* […] *Il est donc impossible qu'on autorise entre les citoyens des conventions capables d'altérer ou de compromettre l'ordre public* »[2102]. Le terme américain se rapprochant de « *l'ordre public* » français est « *public policy* », et non « *public order.* »[2103] Or ce n'est pas l'expression « *public policy* » qui figure dans la proposition américaine au sujet de l'article relatif à la liberté d'expression.

Les restrictions du Pacte. Dans sa forme finale actuellement en vigueur, l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pose le principe du droit à la liberté de l'information, envisagé comme une garantie portant sur l'ensemble de la chaîne de l'information y compris sa recherche, mais prévoit aussi les limitations qui peuvent être légalement imposées à ce droit :

« *1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.* »

« *2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.* »

« *3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :*

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui.

[2102] PORTALIS Jean, *Exposé des motifs du projet de loi intitulé : Titre préliminaire : de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, in *Discours, rapports et discours inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 160.

[2103] Pour un développement au sujet de cette difficulté de traduction : O.N.U., Doc. A/2929, p.52.

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. »

« 3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires ».

Des restrictions proches de la solution initiale française. « [D]*evoirs spéciaux et responsabilités spéciales* », voilà qui rappelle étrangement la position initiale des représentants français, lorsque M. Géraud exprimait son opinion dissidente en 1948. Toutefois, cette rédaction de l'article 19 du Pacte est aussi la victoire des partisans d'une formulation courte, opposés à ceux qui défendaient l'option d'une longue ligue exhaustive des limitations. La Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information s'était engagée sur cette voie. Le résultat était peu concluant, et ne permettait pas d'imaginer comment l'adoption d'un tel amoncèlement d'interdictions, dont la diversité était à l'échelle du nombre de pays adhérents à l'O.N.U, aurait pu encore prétendre – tant les nombreux domaines de restrictions permettaient toutes les interprétations liberticides – empêcher l'étouffement de la moindre expression libre.

Un droit de « *rechercher des informations* » régulièrement réaffirmé par l'O.N.U. Cette vision Onusienne de la « *liberté universelle d'expression* » et du « *droit de (re)chercher les informations* », fondée sur les articles 19 de la Déclaration de 1948 et du Pacte de 1966, est régulièrement réaffirmée par les organes de l'O.N.U. depuis quelques années. Ainsi, M. Kofi Annan, Secrétaire général de l'O.N.U, a précisé le 1er mai 2006 : « [J]*e déclare à nouveau que j'appuie énergiquement le droit universel à liberté d'expression* […] *Je demande instamment à tous les gouvernements de réaffirmer leur attachement au droit « de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit », que consacre l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme* »[2104], avant de préciser que cette liberté connaît certaines limites : « *En même temps, j'engage chacun à exercer ce droit de manière responsable et, si possible, sans attendre d'être aculé par les évènements. Les médias exercent une très forte influence sur les comportements. De ce fait, comme l'Assemblée générale dans la résolution portant création du Conseil des droits de l'homme, ils « ont un rôle important à jouer dans la promotion de la*

[2104] O.N.U., Doc. SG/SM/10436 du 1er mai 2006.

tolérance, du respect et de la liberté de religion ou de conviction ». Les médias ne devraient pas être utilisés pour inciter ou dégrader ou pour propager la haine[2105]*. Il doit être possible de faire preuve de discrétion sans empiéter sur les libertés fondamentales* »[2106]. M. Annan avait aussi eu l'occasion de dire, lors de son allocution ouvrant le Sommet mondial sur la société de l'information, le 16 novembre 2005 : « [L]*a société de l'information est* […] *impensable sans liberté. C'est la liberté qui permet aux habitants de tous les pays de tirer parti des connaissances, aux journalistes de faire leur métier et aux citoyens de demander des comptes à leurs gouvernements. Sans transparence, sans le droit de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontière, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit, la révolution de l'information fera long feu et la société de l'information que nous souhaitons bâtir ne verra jamais le jour.* »[2107] En 2010, son successeur, M. Ban Ki-Moon ajoute : « *La liberté d'information est un droit fondamental, consacré à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Mais dans le monde entier, des gouvernements et d'autres détenteurs de pouvoir trouvent de nombreux moyens de l'entraver. Ils imposent de lourdes taxes sur le papier journal, rendant inabordable le prix des journaux. Les stations de radio et de télévision indépendantes sont chassées des ondes si elles critiquent la politique du gouvernement. Les censeurs veillent également au grain dans le cyberespace*[2108]*, restreignant l'utilisation d'Internet et des nouveaux moyens de communication. Certains journalistes s'exposent à des mesures d'intimidation ou d'emprisonnement, voire risquent leur vie, simplement parce qu'ils exercent le droit de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. L'année dernière*[2109]*,*

[2105] L'allusion renvoie sans doute aux « *médias de la haine* », terme par lequel sont souvent désignés les médias de Bosnie-Herzégovine et du Rwanda qui ont, par des campagnes nationalistes et ethnocentristres, incité à la haine et à la violence, voire au génocide.
[2106] *Idem.*
[2107] O.N.U., Doc. SG/SM/10216 du 16 novembre 2005.
[2108] Selon Carl Bernstein (Prix Pulitzer et co-auteur de l'enquête à l'origine du Watergate), présentant en février 2009 à l'O.N.U., le rapport annuel du Comité pour la Protection des Journalistes (CPJ), la proportion des cyberjournalistes parmi les journalistes emprisonnés dans le monde ne cesse de s'accroître, notamment en Asie et au Moyen-Orient. La répression de la Fédération de Russie et de la Géorgie a également été importante en 2008, lors de la crise opposant ces deux pays en août 2008. 125 journalistes étaient emprisonnés en 2009 dans le monde pour des infractions au droit de la presse. 66 étaient des cyberjournalistes. 70 % des décès de journaliste à travers le monde ne résultent pas « d'accidents du travail » en milieu périlleux, notamment en zone de conflit armé, mais sont la conséquence d'assassinats ciblés liés aux enquêtes que menaient ces journalistes. Communiqué de presse du CPJ du 10 février 2009, (www.un.org/News/fr-press/docs/2009/Conf090210-CPJ.doc.htm). 2009 a été une année noire pour les journalistes dans le monde, le nombre de tués ou d'emprisonnés étant un des plus élevés que la profession ait jamais connu. La répression a été particulièrement sévère en Iran. Plus de 90% des cas de journalistes assassinés dans le monde ne font pas l'objet de poursuites en justice. Communiqué de presse du CPJ du 16 février 2010, (www.un.org/News/fr-press/docs/2010/Conf100216-Journalistes.doc.htm)
[2109] 2009.

l'UNESCO a condamné l'assassinat de 77 journalistes. Ils n'étaient pas de prestigieux correspondants de guerre ayant trouvé la mort sur un champ de bataille. La plupart d'entre eux travaillaient pour de modestes publications locales, en temps de paix. Ils ont été tués parce qu'ils tentaient de révéler des agissements criminels ou des cas de corruption. [J]*e demande aux gouvernements* […] *de défendre la liberté d'information.* »[2110]

L'affirmation d'un droit du public à l'information. Le droit à l'information peut être entendu comme celui du droit à l' « *habeas data* », c'est-à-dire le droit de toute personne d'obtenir des informations la concernant figurant dans des banques de données publiques ou privées[2111]. Mais il désigne aussi le droit du public à l'information, le « *droit de savoir* ». M. Ban Ki-Moon précise à ce sujet : « *Les populations ont le droit d'accéder à l'information qui affectent leur vie et les Etats ont le devoir de les fournir. Cette transparence est un élément essentiel de bonne gouvernance* »[2112]. La même idée a été exprimée à l'issue de l'assemblée dite « *du millénaire* »[2113], qui a réuni solennellement 147 chefs d'Etat et de gouvernement du 6 au 8 septembre 2000 ; l'Assemblée générale de l'O.N.U. ayant adopté à cette occasion la « *Déclaration du Millénaire* »[2114] qui précise que les Etats membres décident « [d]*'assurer* […] *le droit du public à l'information* ». Cette déclaration s'ajoute à celle évoquant la nécessité de créer des textes juridiques instaurant, par exemple, « *l'accès à l'information* »[2115] ou « *le libre accès à l'information* »[2116]. La liberté d'information, entendue comme « *le droit de savoir* » a été le sujet, le 3 mai 2010, de la Déclaration de Brisbane[2117] adoptée lors d'une conférence mondiale organisée par l'UNESCO. Selon cette acception, le droit à l'information se définit comme « *étant le droit de chaque individu d'accéder à l'information détenue par les organismes publics à tous les niveaux, local, national et international* ». La Déclaration retient que « *le droit à l'information revêt une importance cruciale pour la prise de décisions éclairées, la participation à la vie démocratique, le contrôle de l'action publique et le*

[2110] O.N.U., Doc. SG/SM/12863, du 28 avril 2010.
[2111] Le terme doctrinal d'« *habeas data* » a trouvé une consécration légale en étant inscrit à l'article 43 de la Constitution de l'Argentine. Cet aspect du droit à l'information est pris en compte, en France, par l'existence de la CNIL, et des textes s'y rapportant.
[2112] *Idem.*
[2113] 54ème session.
[2114] O.N.U., Doc A/RES/55/2 : Résolution du 8 septembre 2000.
[2115] Déclaration d'Alma-Ata du 9 octobre 1992, approuvée par la Résolution 4.6 (1995) de la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 28e session.
[2116] Déclaration de Sana'a du 11 janvier 1996, approuvée par la Résolution 34 (1997) de la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 29e session.
[2117] Liberté d'information : le droit de savoir, Déclaration de Brisbane adoptée à l'issue de la Conférence organisée par l'UNESCO à l'occasion de la Journée mondiale de la liberté de la presse à Brisbane (Australie), le 3 mai 2010.

renforcement de la transparence et de l'obligation de rendre des comptes, et qu'il constitue une arme puissante pour lutter contre la corruption. » Par ailleurs, « *le droit à l'information contribue à l'autonomisation des personnes, à renforcer la confiance du citoyen et à promouvoir l'égalité de tous les groupes d'une société, parmi lesquels les femmes et les peuples autochtones*. » Les participants à la Conférence de l'UNESCO ont aussi déclaré que ce droit présentait une dimension sociale et économique en retenant *« qu'un meilleur accès à l'information contribue à conforter les marchés, à accroître l'investissement, à diminuer la vulnérabilité financière et à améliorer l'efficacité de l'aide au développement* ».

Les objets du droit du public à l'information. Des applications du principe du droit du public à l'information peuvent se trouver, depuis une vingtaine d'année en matière d'environnement et de santé publique. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement affirme comme principe qu' « *au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer au processus de prise de décision.* »[2118] Le droit du public d'être informé est également une conséquence de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantit le droit de chaque citoyen « *de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis* ». Cet article énonce aussi le droit à des élections libres et régulières destinées à assurer « *l'expression libre de la volonté des électeurs* », volonté que seul l'accès à l'information peut éclairer valablement[2119].

Le droit du public à l'information et le devoir de transparence de l'administration publique, sont, aussi, très clairement affirmés en matière de lutte contre la corruption, notamment dans plusieurs articles de la Convention des Nations unies contre la corruption[2120] . L'article 10 de ce texte dispose, ainsi, que chaque Etat partie doit prendre « *les mesures nécessaires pour accroître la transparence de son administration publique* », ces mesures pouvant notamment prendre la forme de «[l]*'adoption de procédures ou de règlements permettant aux usagers d'obtenir, s'il y a lieu, des informations sur l'organisation, le fonctionnement et les processus*

[2118] Principe 10, 1992

[2119] Dans son rapport intitulé « *Approfondir la démocratie dans un monde fragmenté* », le PNUD (Programme des Nations unies Pour le Développement) détaille en 1992 un long argumentaire faisant le lien direct entre le droit à l'information, le journalisme, la démocratie, des élections libres et l'amélioration de la qualité de vie des populations. Cet argument en faveur de la liberté de la presse est repris dans la Déclaration de Brisbane de 2010.

[2120] Articles 5, 7, 9, 10, 12 et 13 de la Convention des Nations unies contre la corruption : O.N.U., Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003. Doc. A/RES/58/4.

décisionnels de l'administration publique ». L'article 12 de cette même Convention incite, par ailleurs, à donner un accès des médias à l'information « *dans les cas de corruption et d'infractions assimilées* ».

Les informations relatives à ces différents domaines peuvent se trouver dans des documents relatifs à des procédures judiciaires. Le principe de la reconnaissance d'un droit d'accès du public à ces informations pose donc la question de la reconnaissance du droit du public à accéder aux documents judiciaires comportant des informations relatives à ces matières, qui constituent autant d'informations d'intérêt public. Ces textes de l'O.N.U., toutefois, renvoient aux principes généraux du droit international, à commencer, de manière directe ou indirecte[2121], à la Déclaration de 1948 et à la Charte de 1966, c'est-à-dire à une mise en balance des intérêts en présence au regard des restrictions à la publicité des audiences prévues au premier paragraphe de l'article 14 de cette dernière, et aux restrictions à la liberté d'expression prévues au troisième paragraphe de l'article 19 du même texte.

Droit du public à l'information relative aux droits de l'homme. Appliqué spécifiquement à la procédure pénale, le droit à l'information du public découle également de la reconnaissance de la liaison étroite existant entre information du public et garantie du respect des droits de l'homme. Ce lien a été reconnu en 1998 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa « *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnues.* »[2122] L'article 6 de ce texte proclame le droit pour tout être humain ou tout groupe :

« *(a) De détenir, rechercher, obtenir, recevoir et conserver des informations sur tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales en ayant notamment accès à l'information quant à la manière dont il est donné effets à ces droits et libertés dans le système législatif, judiciaire ou administratif national*. »

« *(b) Conformément aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*[2123] *et autres instruments internationaux applicables, de publier, communiquer à autrui ou diffuser librement des idées, informations et connaissances sur tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales* ».

[2121] C'est-à-dire à travers d'autres instruments internationaux.

[2122] Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnues : O.N.U., Résolution 53/144 de l'Assemblée générale du 9 décembre 1998. Doc. A/RES/53/144.

[2123] Donc au Pacte de 1966.

« *(c) D'étudier, discuter, apprécier et évaluer le respect, tant en droit qu'en pratique, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales et, par ces moyens et autres moyens appropriés, d'appeler l'attention du public sur la question*. »

De ce point de vue, l'information relative à l'action coercitive des Etats et à sa politique criminelle, notamment par la mise en œuvre de la procédure pénale, est intimement liée à celle devant être délivrée au public aux fins de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par ailleurs, il serait de peu d'effet de proclamer le droit d'évaluer et d'apprécier le respect des droits de l'homme « *en pratique* » sans se pencher sur des affaires particulières et de communiquer au public les informations relatives à celles-ci par tout moyen « *approprié* ».

Section 2 : Le droit européen du public à l'information

Plan. L'article 10 de la Convention prévoit, pour l'Europe, un principe particulièrement défendu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1), au point de poser, pour les informations en général et l'information en matière judiciaire en particulier, un nouveau paradigme (§2).

§ 1. L'article 10 de la Convention

Plan. Les rédacteurs de la Convention ne sont pas allés aussi loin que ceux de la Déclaration et du Pacte pour affirmer l'existence d'un droit du public à l'information (A). La Cour européenne des droits de l'homme, cependant, a en grande partie comblé par sa jurisprudence la distance séparant les deux conceptions (B).

A. Un texte en retrait par rapport à ceux de l'O.N.U.

Un principe fondamental dès l'origine des institutions européennes. Dans son « *Message aux Européens* » proclamé au Congrès de l'Europe tenu à La Haye en mai 1948, le Mouvement Européen donnait une importance particulière à la liberté d'opinion dès la première évocation de ce qui deviendra la Convention européenne des droits de l'homme : « *Nous voulons une Charte des Droits de l'Homme garantissant les libertés de pensée, de réunion et d'expression, ainsi que le libre exercice d'une opposition politique ; nous voulons une Cour de Justice capable d'appliquer les sanctions nécessaires pour que soit respectée la Charte* ». Dans son « *projet de convention européenne des droits de l'homme* », la Section Juridique Internationale du Mouvement Européen prévoyait donc logiquement de garantir « *la liberté de parole, et en général d'expression et d'opinion* »[2124]. Reprenant la substance de ce texte, le rapport Teitgen d'août 1949 proposait la formulation suivante : « *Le droit de ne pas être inquiété en raison de ses opinions et la liberté de les exprimer par la parole et par la presse*. »[2125]

Un principe réévalué à l'aune de la Déclaration de 1948. Ce principe initial est toutefois moins ambitieux que le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il s'agissait d'une formulation classique, proche de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, mais qui ne défendait pas, comme les textes proposés par les Etats-Unis, un droit à l'information, entendu également dans sa dimension de quête de cette information. Le 30 août 1949, la commission adopte cependant un amendement du représentant belge ainsi rédigé : « *Liberté d'opinions et d'expression, conformément à l'article 19 de la Déclaration des Nations*

[2124] Conseil de l'Europe, Doc. INF/2/F de février 1949 et Doc. INF/5/F de juin 1949. La Section Juridique était présidée par Pierre-Henri Teitgen, et avait pour rapporteurs David Maxwell-Fyfe et Fernand Dehousse.
[2125] Conseil de l'Europe, Doc. A.116.

unies »[2126]. Le texte soumis à l'Assemblée consultative le 5 septembre 1949, indique au sixième paragraphe de l'article 2, l'engagement des Etats membres à assurer à toute personne résidant sur leur territoire : « *La liberté d'opinion et d'expression de ses opinions, conformément à l'article 19 de la Déclaration des Nations unies.* »[2127] Cette formule passe telle quelle et sans discussion dans la recommandation votée par l'Assemblée consultative le 8 septembre 1949[2128].

Une liberté étudiée par le Comité des Experts. C'est cette recommandation que le Comité des Experts a en main en février 1950, ainsi que l'instruction donnée par le Comité des ministres de « *tenir compte du progrès fait dans la matière par les organes compétents des Nations unies.* »[2129] A cette date, les organes compétents sont la Commission des droits de l'homme de l'O.N.U. et la Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information. Les progrès en la matière renvoient aux conclusions de sa cinquième session qui s'est déroulée du 9 mai au 20 juin précédents à New York. Or, lorsque le Comité des Experts se réunit[2130] à l'issue de cette cinquième session de la Commission des droits de l'homme, cette dernière n'a pas tranché, entre les propositions de la France, de l'URSS et de la Conférence des Nations unies sur la liberté de l'information. Pour éclairer le travail du Comité des Experts, le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe lui fournit un *« Rapport préparatoire pour un avant-projet de convention de garantie collective des Droits de l'Homme* »[2131]. Ce texte présente notamment une comparaison entre le projet de Pacte de l'O.N.U. et celui de l'Assemblée Consultative. Soulignant que le Comité de rédaction du Pacte de l'O.N.U. a décidé de renvoyer à la Commission des droits de l'homme les deux propositions avec une liste de vingt-cinq autres restrictions éventuelles, le rapport note : « *Il reste à prendre, pour la Commission des Experts, une décision sur l'énumération des conséquences et exceptions à cette liberté contenue dans le texte de la Conférence de Genève (sur la liberté de l'information) et dans celui du Comité de rédaction du projet de Pacte.* »[2132]

La proposition britannique. Par ailleurs, le Comité des Experts a entre les mains, une copie de la réponse que le gouvernement britannique a faite en janvier 1950 à la Commission des

[2126] Conseil de l'Europe, Doc. A.167, p. 2.
[2127] Conseil de l'Europe, Doc. AS (1) 77, p. 204.- Doc. A.290, p.12.
[2128] Conseil de l'Europe, Doc. AS (1) 108, p. 262.
[2129] Conseil de l'Europe, Doc. AS (1) 116, pp.288-289.
[2130] Du 2 au 8 février 1950.
[2131] Conseil de l'Europe, Doc. B 22.
[2132] *Ibid.*, p. 21.

droits de l'homme de l'O.N.U., qui lui demandait ses observations au sujet des propositions formées lors de sa cinquième session[2133]. Répondant aux Chinois, les Anglais se prononcent pour l'insertion dans le Pacte de l'O.N.U. d'un article garantissant la liberté de l'information. Par ailleurs, ils proposent pour insertion dans le Pacte, le texte suivant :

« *1. Tout individu a droit à la liberté de penser et à la liberté d'expression sans qu'il puisse y avoir ingérence gouvernementale. Ce droit comprend la liberté d'opinion, la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence gouvernementale, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par des procédés visuels ou auditifs légalement admis.* »

« *2. L'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut, en conséquence, être soumis à certaines sanctions, conditions, ou restrictions prévues par la loi, qui sont nécessaires dans l'intérêt de la sécurité nationale, pour prévenir le désordre ou le crime, pour protéger la réputation ou les droits d'autres personnes, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

L'amendement turc. Deux amendements sont également déposés lors de la première réunion du Comité des Experts à Strasbourg. Le premier est turc[2134]. Il vise à limiter la liberté d'expression et d'opinion pour permettre leur conciliation avec les principes énoncés par troisième paragraphe du préambule : « *principes de libertés individuelles, de liberté politique et de prééminence du Droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* ».

L'amendement suédois. Le second amendement est suédois[2135]. Il prévoit l'énumération suivante pour les restrictions à la liberté d'expression : «*… intérêt de l'ordre public, de la sécurité nationale, de la bonne marche de l'administration et de la justice, ainsi que pour la sauvegarde des bonnes mœurs et le respect des libertés d'autrui* ».

La reprise exacte de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Un sous-comité chargé d'étudier ces deux amendements estime que l'amendement turc va trop loin. Le représentant turc explique l'avoir déposé pour que soit pris en compte l'existence dans son

[2133] Conseil de l'Europe, Doc. A. 770. Ces observations sont référencées à l'O.N.U sous la cote E/CN.4/553/Add 2.
[2134] Conseil de l'Europe, Doc. A.775.
[2135] Conseil de l'Europe, Doc. A.777.

pays de lois interdisant la propagation d'idées extrémistes[2136]. Finalement, le Comité des Experts adopte un avant-projet de convention[2137] pour son rapport au comité des ministres[2138], qui se contente de reprendre mot pour mot l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, sans exception, donc, au principe. Le rapport au comité des ministres ne fait aucun commentaire au sujet de ce choix.

La nouvelle proposition britannique. Lors de la deuxième réunion du Comité des Experts[2139], Sir Oscar Dawson propose, comme il l'a fait pour le procès équitable, un amendement britannique pour la liberté d'expression. Le texte est assez proche de celui soumis à la Commission des droits de l'homme en janvier 1950. Le premier paragraphe est quasiment identique. Le second en revanche, se présente désormais ainsi :

« *2. […] restrictions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité nationale ou à la sûreté publique, à la lutte contre le désordre ou le crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la réputation de la réputation ou des droits d'autrui…* »[2140]

Nous noterons que le terme « *lutte contre le désordre* » a été préféré à l'expression « *ordre public* », pour les raisons que nous avons déjà eu l'occasion de développer. L'amendement britannique est revu par un comité de rédaction composé de deux représentants anglais, d'un Danois et d'un Suédois[2141]. Il ajoute parmi les restrictions les mesures nécessaires « *à l'intégrité territoriale.* »[2142]

Deux variantes et pas de décision. Le projet de convention que le Comité d'expert soumet au comité des ministres contient donc deux variantes. La variante A, est celle rédigée par le comité de rédaction à partir de l'amendement anglais. La variante B reprend à l'identique l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le Comité d'Experts ne choisit pas entre les deux, estimant que cette décision est d'ordre politique[2143].

[2136] Conseil de l'Europe, Doc. A. 802.
[2137] Conseil de l'Europe, Doc. A 833.
[2138] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP I (50)
[2139] Du 6 au 10 mars 1950.
[2140] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP I (50) 2, p. 5.
[2141] MM. Dawson, Le Quesne, Dons Moeller et Salen.
[2142] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP I (50) 10, pp. 3 et 4.
[2143] Conseil de l'Europe, Doc. AS (2) 8, p.571.

L'article 10, fruit d'un amalgame. La Conférence des Hauts Fonctionnaires[2144] prend comme support de travail le texte anglais, mais décide d'« *amalgamer les variantes A et B* »[2145]. Le texte est légèrement retouché le 4 août 1950 par le Comité des experts gouvernementaux. Validé par le Comité des ministres le 7 août 1950, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne variera plus et figure dans le texte signé le 4 novembre 1950 sous la forme suivante :

« *1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.* »

« *2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre, et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

Une différence de rédaction sensible par rapport au Pacte. La différence entre ce texte et son équivalent dans le Pacte de l'O.N.U. est plus sensible pour la liberté d'expression que pour le procès équitable. L'article 10 de la Convention européenne est davantage marqué par l'influence anglaise que ne l'a été l'article 19 du Pacte. Le premier protège « *la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées* » mais pas celle « *de rechercher* » ces mêmes informations ou idées comme dans la Déclaration universelle de 1948 ou le Pacte de 1966. Les textes de l'O.N.U. posent le principe d'une liberté absolue concernant l'utilisation des moyens de communication ; la Convention européenne des droits de l'homme permet de mettre en place un « *régime d'autorisation* […] *pour les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision* ». La protection contre les ingérences dans le droit garanti est plus étendu dans le Pacte puisque ne précisant pas la nature de cette ingérence, la protection a vocation à s'appliquer à toutes les formes qu'elle peut prendre. Tel n'est pas le cas dans la Convention, qui limite la protection aux cas d'ingérence « *d'autorités publiques* ».

[2144] Qui s'est réunie à Strasbourg du 8 au 17 juin 1950.
[2145] Conseil de l'Europe, Doc. CM/WP 4 (50) 19, p. 13.

Enfin, les limitations prévues à la liberté garantie sont différentes dans les deux textes : l'article 19 du Pacte de l'O.N.U. évoque « *des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales* » ; l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme retient l'obligation de respecter des « *devoirs et responsabilités* ».

B. Le renforcement du principe par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

L'arrêt Handyside. Dès l'arrêt *Handyside*, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels* [d'une société démocratique], *l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* »[2146]. « [A]*insi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique* »[2147].

Un droit du public à recevoir des informations sur les questions d'intérêt public. Au premier rang de l'expression à protéger figure l'expression politique, notamment lorsqu'elle émane d'un élu du peuple[2148] : « *La liberté de la presse fournit aux citoyens l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes de leurs dirigeants. Elle donne en particulier aux hommes politiques l'occasion de refléter et commenter les soucis de l'opinion publique. Elle permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique.* »[2149] Cependant, dès l'arrêt *Lingens*, du 8 juillet 1986, la Cour a affirmé le droit du public de recevoir des informations sur tous les sujets d'intérêt public : « *il* […] *incombe* [à la presse] *de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute*

[2146] Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni* [Cour plénière], Req. n° 5493/72, § 49.
[2147] Cour EDH, 14 février 2008, *July et Sarl Libération c. France* [Troisième section], Req. n°20893/03, § 60.
[2148] Cour EDH, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne* [Chambre], Req. n°11798/85, § 42 : « *Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts* ».
[2149] Même arrêt, § 43.

le droit, pour le public, d'en recevoir. »[2150] Et la Cour ajoute : « *S'il en allait autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de « chien de garde.* »[2151]

Du « *chien de garde* » et de ses aboiements. Le propre du chien de garde est d'avertir, parfois de manière excessive. Dans la balance des intérêts présidant à la décision d'acquérir ce type d'animal de compagnie, la vigilance du gardien pèse beaucoup. Mieux vaut un chien de garde qui aboie parfois de manière pas tout à fait fondée, ou avec une virulence exagérée, qu'un vigile qui dort sur ses deux oreilles, ou qui, indécis, laisse passer ce qui aurait dû être signalé. L'expression « *chien de garde* » [2152] de la démocratie appliquée à la presse n'est donc pas neutre. Elle contient par le simple choix de cette formulation, surprenante pour certains, en tout cas particulière, l'acceptation *a priori* de certains excès des médias. Cette expression est aussi la traduction du « *watchdog* » américain[2153] qui désigne la vision du rôle de la presse d'Outre-Atlantique, et renvoie donc également à l'idée que les tribunaux s'en font aux Etats-Unis. Leurs arrêts soutiennent aussi cette idée qu'un certain excès de la presse doit être toléré si on veut que celle-ci joue son rôle. L'arrêt *Near contre Minnesota*[2154] cite à ce propos, dès 1931, la pensée de James Madison, l'inspirateur du premier amendement à la Constitution des Etats-Unis, qui disait, dissertant sur le thème du mal nécessaire : « *Un certain usage abusif est indissociable du bon usage de toute chose, et c'est particulièrement vrai de la presse. En conséquence, dans leur pratique, les Etats ont décidé qu'il valait mieux laisser quelques mauvaises branches sur une ramure luxuriante que de nuire, en les arrachant, à la vigueur de celles qui portent les bons fruits.* »[2155] Se fondant sur cette idée, la Cour suprême a jugé que la liberté laissée à la presse doit être d'autant plus grande que la société devient complexe, les possibilités de corruption plus importantes, ce qui nécessite en retour une presse

---

[2150] Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche* [Cour plénière], Req. n° 9815/82, § 41.
[2151] Cour EDH, 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg* [Deuxième section], Req. n° 38432/97, §45.
[2152] Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n°17488/90, § 40.
[2153] Mme le Professeur Zoller explique que cette expression, empruntée aux comités de surveillance des organes exécutifs créés par le Congrès des Etats-Unis, a été utilisée pour désigner la presse dans le rapport du comité Reardon, créé par l'American Bar Association après les conclusions de la commission Warren sur l'assassinat du président Kennedy : ZOLLER Elisabeth, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites Affiches*, n° 112, 4 juin 2008, p. 26 et s. ; note de bas de page n° 26.
[2154] Cour suprême des Etats-Unis, *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).
[2155] Cité in *Near v. Minnesota*, précité, p. 718 : « *Some degree of abuse is inseparable from the proper use of everything, and in no instance is this more true than in that of the press. It has accordingly been decided by the practice of the States that it is better to leave a few of its noxious branches to their luxuriant growth than, by pruning them away, to injure the vigour of those yielding the proper fruits* ». La citation rapportée par la Cour suprême des Etats-Unis est tirée d'une intervention de Madison devant le Parlement de Virginie qui peut être retrouvée dans : MADISON James, *The Virginia Report of 1799-1800*, Richmond, Randolph éd., 1850, p. 222.

vigilante, sinon agressive[2156]. La Cour européenne, de son côté, va aussi interpréter les termes de la Convention dans un sens très favorable à la presse, et se déclare « *consciente de ce que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation* »[2157].

La protection du droit du public à l'information a également été confortée par la prise en compte, par la Cour européenne des droits de l'homme, des recommandations européennes adoptées à ce sujet.

Un droit de rechercher des informations non expressément reconnu mais admis. Le droit de rechercher des informations, qui figure dans la Déclaration de 1948 et le Pacte de 1966, n'a pas été transcrit dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme n'en a jamais reconnu formellement le principe, ce qui ne l'empêche pas de tirer du droit du public de recevoir des informations, des conséquences proches de ce qui serait la reconnaissance du droit de rechercher des informations. Ainsi, la Cour européenne reconnaît aux journalistes le droit à la protection de leurs sources d'information[2158], principe qui vaut pour les informations recueillis par des moyens inconnus des textes légaux pour ce qui concerne l'activité judiciaire, y compris lorsque celle-ci est soumise légalement au secret. Cette jurisprudence de la Cour s'accorde avec la volonté politique de protéger les sources des journalistes exprimée dans la recommandation n° R (2000) 7 du Comité des Ministres sur « *le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information* »[2159] et la déclaration du Comité des ministres sur la protection et la promotion du journalisme d'investigation[2160].

[2156] « *Meanwhile, the administration of government has become more complex, the opportunities for malfeasance and corruption have multiplied, crime has grown to most serious proportions, and the danger of its protection by unfaithful officials and of the impairment of the fundamental security of life and property by criminal alliances and official neglect, emphasizes the primary need of a vigilant and courageous press, expecially in great cities. The fact that the liberty of the press may be abused by miscreant purveyors of scandal does not make any the less necessary the immunity of the press from previous restraint in dealing with official misconduct* ».

[2157] Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche* [Chambre], Req. n° 15974/90, § 38.

[2158] Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume Uni* [Grande chambre], Req. n° 17488/90. - Cour EDH, 25 février 2003, *Roemen et Schmid c. Luxembourg* [Quatrième section], Req. n° 51772/99.- Cour EDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique* [Deuxième section], Req. n° 33400/96.

[2159] Adoptée le 8 mars 2000.

[2160] Adoptée F. L'article 4 indique : « *Reconnaissant dans ce contexte l'important travail des journalistes d'investigation qui rendent compte de manière précise, approfondie et critique de questions présentant un intérêt public particulier, ce qui nécessite souvent des recherches longues et difficiles, la collecte et l'analyse d'informations, la mise au jour de fait, la vérification d'hypothèses et l'obtention d'éléments de preuve.* »

Les informations en relation avec les procédures pénales. Dans l'arrêt *Dupuis*[2161], la Cour a visé la Recommandation Rec (2003) 13 « *du Comité des Ministres aux Etats membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales* » *et particulièrement les principes 1*[2162] *et 6*[2163] *de son annexe avant de juger que « Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a* […] *adopté la Recommandation Rec(2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales ; celle-ci rappelle à juste titre que les médias ont le droit d'informer le public eu égard au droit de ces derniers à recevoir des informations et souligne l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. En annexe à cette Recommandation figure d'ailleurs notamment le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias, ce qui implique pour les journalistes le droit de pouvoir librement rendre compte du fonctionnement du système de justice pénale »*[2164].

Nous avons relevé une dizaine d'arrêt dans lesquels la Cour fait référence de manière expresse à la Recommandation (2003) 13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe « *sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales* » [2165]. Son annexe contient dix-huit principes directeurs dont le premier, intitulé « *Information du public par les médias* » énonce : « *Le public doit pouvoir recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias. Les journalistes doivent en conséquence pouvoir librement rendre compte de et effectuer des commentaires sur le fonctionnement du système judiciaire pénal*… ». La Cour européenne des droits de l'homme rappelle donc « *que le public a un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur les procédures en matière pénale. A cet égard, la Recommandation Rec(2003)13* […] *souligne l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer un droit de*

[2161] Cour EDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France* [Troisième section], Req. n° 1914/02.

[2162] « *Le public doit pouvoir recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias. Les journalistes doivent en conséquence pouvoir librement rendre compte de et effectuer des commentaires sur le fonctionnement du système judiciaire pénal, sous réserve des seules limitations prévues en application des principes qui suivent* ».

[2163] *« Dans le cadre des procédures pénales d'intérêt public ou d'autres procédures pénales attirant particulièrement l'attention du public, les autorités judiciaires et les services de police devraient informer les médias de leurs actes essentiels, sous réserve que cela ne porte pas atteinte au secret de l'instruction et aux enquêtes de police et que cela ne retarde pas ou ne gêne pas les résultats des procédures. Dans le cas des procédures pénales qui se poursuivent pendant une longue période, l'information devrait être fournie régulièrement. »*

[2164] Cour EDH, *Dupuis*, précité, § 42.

[2165] Conseil de l'Europe, Rec (2003) 13 du 10 juillet 2003.

regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. Plus précisément, le premier des principes directeurs figurant en annexe à cette Recommandation porte sur le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias, ce qui implique pour les journalistes le droit de pouvoir librement rendre compte du fonctionnement du système de justice pénale […] *Il ne fait donc aucun doute que parmi les questions d'intérêt général relayées par la presse figurent celles qui concernent le fonctionnement de la justice, institution essentielle à toute société démocratique* […] *La presse représente en effet l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée.* »[2166]

Le droit du public de recevoir des informations relatives au fonctionnement de l'autorité judiciaire. Le rôle de la presse consiste donc à « *communiquer dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, y compris celles qui concernent le fonctionnement du pouvoir judiciaire.* »[2167] La Cour a écarté dans son premier arrêt *Sunday Times contre Royaume Uni*, l'idée d'un principe d'interdiction générale faite à la presse d'évoquer les affaires judiciaires en cours : le fait de rendre publique ces procédures ne porte, en effet, pas atteinte de manière systématique « *à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire* »[2168], et peut porter sur des questions d'un très grand intérêt pour le public, pesant très lourd dans toute mise en balance des intérêts en présence[2169] : les différends soumis aux tribunaux peuvent « *donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. En outre, si les media ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt*

[2166] Cour EDH, 14 février 2008, *July et Sarl Libération c. France*, Req. n° 20893/03, § 66
[2167] Cour EDH, 24 février 1997, *De Haes et Gijsels c. Belgique* [Chambre], Req. n° 19983/92, § 37.
[2168] Cour EDH, *Sunday Times 1*, *op. cit*.., § 63.
[2169] *Ibid.*, § 66 : « *La catastrophe de la thalidomide préoccupait sans conteste le public. Elle soulevait le point de savoir si la puissante société qui avait distribué ce produit pharmaceutique avait engagé sa responsabilité, juridique ou morale, envers des centaines d'individus vivant une horrible tragédie personnelle ou si les victimes ne pouvaient exiger ou espérer une indemnité que de la collectivité tout entière; elle posait des questions fondamentales de prévention et réparation des dommages résultant de découvertes scientifiques et obligeait à reconsidérer beaucoup d'aspects du droit en vigueur dans ces matières. L'article 10 (art. 10), la Cour l'a déjà noté, garantit non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais aussi à ce dernier le droit à des informations adéquates. En l'espèce les familles de nombreuses victimes du désastre, ignorantes des difficultés juridiques qui surgissaient, avaient un intérêt fondamental à connaître chacun des faits sous-jacents et les diverses solutions possibles. Elles ne pouvaient être privées de ces renseignements, pour elles d'importance capitale, que s'il apparaissait en toute certitude que leur diffusion aurait menacé l' « autorité du pouvoir judiciaire* ».

public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. »[2170] Dans son arrêt *Leander* du 26 mars 1987, dont les termes sont régulièrement repris depuis, la Cour a jugé que « *la liberté de recevoir des informations,* […] *interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir.* » [2171] Interprétée à la lumière des contingences du journalisme d'investigation, cette position de la Cour peut donc être reçue comme « *la reconnaissance du droit à l'enquête fondé notamment sur les témoignages et les documents* »[2172], droit à l'enquête des journalistes susceptible de porter sur toute question d'intérêt public, donc aussi l'activité judiciaire.

Une restriction générale s'appliquant à la liberté de l'information. La nécessité de protéger, avant toute autre considération, la dignité humaine[2173] est solennellement rappelée dans la Charte des droits fondamentaux du Conseil de l'Europe, dont l'article premier dispose : « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». Les « *[e]xplications relatives à la Charte des droits fondamentaux* » [2174], rédigées par le Présidium de la Convention européenne, indiquent « *La dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux* […] *Il en résulte notamment qu'aucun des droits inscrits dans cette Charte ne peut être utilisé pour porter atteinte à la dignité d'autrui et que la dignité de la personne humaine fait partie de la substance des droits inscrits à cette Charte. Il ne peut donc y être porté atteinte, même en cas de limitation d'un droit* ». Le principe vaut pour tous les droits, et s'applique donc au droit à l'information. « *La tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, encouragent, promeuvent ou justifient la haine…* » juge la Cour européenne des droits de l'homme[2175].

Des restrictions à la liberté de l'information prévues au profit du pouvoir judiciaire. Le principe de la liberté de l'information posé par l'article 10 § 1 de la Convention européenne

[2170] *Ibid*., § 65.
[2171] Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède* [Chambre], Req. n° 9248/81, § 74.
[2172] AUVRET Patrick, « Le journalisme d'investigation selon la Convention européenne des droits de l'homme », *Légipresse*, avril 1997, II, p. 35.
[2173] La « *reconnaissance de la dignité humaine* » figure également dans les termes du préambule de la Déclaration universelle de 1948.
[2174] Conseil de l'Europe, Doc. 2007/C 303/2
[2175] Cour EDH, 16 juillet 2009, *Feret c. Belgique* [Deuxième section], Req. n° 15615/07, § 64.

des droits de l'homme connaît aussi des restrictions spéciales. Ces dernières sont posées dans l'article 10 § 2 de la Convention, et se classent dans trois grandes catégories : celles défendant l'intérêt général, celles protégeant l'intérêt individuel et celles garantissant spécifiquement « *l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Le texte même de l'article 10 § 2 prend cependant bien soin d'encadrer la portée de ces « *formalités, conditions, restrictions ou sanctions* », qui doivent être « *prévues par loi* » et constituer « *des mesures nécessaires dans une société démocratique* ». Ce dernier terme, qu'on retrouve également dans le préambule de la Convention[2176], est primordial : il permet de déterminer « *le milieu de référence par rapport auquel doit s'apprécier le caractère acceptable d'une limitation.* »[2177] Cette référence posée et jamais perdue de vue, la jurisprudence de la Cour, qui s'appuie sur les termes mêmes de l'article 10 § 2, interprète de manière restrictive, donc favorable à la liberté de la presse[2178], ces restrictions à partir de trois critères : l'ingérence est-elle prévue par la loi ? L'ingérence poursuit-elle un but légitime ? L'ingérence est-elle nécessaire ?

Une ingérence prévue par la loi. Outre la vérification de l'existence de cet élément légal, la Cour a poussé plus avant ses exigences, en demandant que cette loi présente une certaine qualité. Elle doit notamment être accessible pour le citoyen qui doit pouvoir être en possession de suffisamment de renseignements au sujet des normes applicables. Elle doit aussi être prévisible, c'est-à-dire être compréhensible, ce qui implique qu'elle soit rédigée de manière claire et appliquée avec une constance suffisante. Obligations que la Cour a exprimé dès son arrêt Sunday Times de 1979 en déclarant que le citoyen doit être « *en s'entourant au besoin de conseils éclairés,* […] *à même de prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé, sans que celles-ci soient prévisibles avec une certitude absolue*. »[2179]

Une ingérence poursuivant un but légitime. Pour la Cour, le but légitime de l'ingérence se déduit simplement du fait que ces buts légitimes sont énumérés à l'article 10 § 2 de la

---

[2176] *« Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique… »*

[2177] TULKENS Françoise, *Le droit à la liberté d'expression et d'information*, in *Conférence sur La liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée*, Rapport, Strasbourg, 23 septembre 1999, Conseil de l'Europe, Direction générale des Droits de l'Homme, Doc. DH-MM (2000) 007, p. 7.

[2178] M. le Professeur Marguénaud écrit, concernant la presse, que la Cour européenne n'a « *pas perdu beaucoup d'occasions* » de caresser ce chien de garde là « *dans le sens du poil* ». MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2011, 2 éd., pp. 88-89.

[2179] Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume Uni n° 1*, précité, § 49.

Convention ou de la protection d'un autre droit garanti par la Convention. Il appartient à la Cour de vérifier que le but que poursuit l'Etat partie en restreignant la liberté d'expression et d'information est bien conforme à l'esprit et aux dispositions de la Convention.

Une ingérence nécessaire. L'interprétation que la Cour européenne a fait de l'expression « *mesures nécessaires dans une société démocratique* » a considérablement réduit la portée de ces restrictions. Le fait que la restriction soit prévue par la loi nationale et que l'ingérence poursuive un « *but légitime* » ne sont que des préalables au regard de l'importance que la Cour donne au critère de la nécessité : pour chaque cas d'espèce qui lui est soumis, elle exige, en effet, que lui soit rapportée la *nécessité* de cette restriction ; nécessité qui doit, de plus, être établie « *de manière convaincante* »[2180], se laissant toute marge d'appréciation pour être convaincue ou pas. L'ingérence doit donc être, pour la Cour européenne des droits de l'homme, à la fois légitime *et* nécessaire, ce dernier terme fondant la protection véritable de la presse dans le système conventionnel. Reprenant les termes de l'arrêt Handyside[2181], la Cour a précisé dans son arrêt Sunday Times de 1979 que le terme *« nécessaire, dans une société démocratique » n'est pas synonyme « d'indispensable » et n'a pas « non plus la souplesse de termes tels qu' « admissible », « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun » et implique l'existence d'un « besoin social impérieux* ».[2182]

Une présomption en faveur de la presse. Ce raisonnement va naturellement conduire la Cour à s'interroger sur le conflit formé par la mise en balance entre, d'une part, des restrictions légales fondées par les intérêts de l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'intérêt du public à être informé au sujet de questions relatives à l'activité judiciaire. La Cour consolidera ce raisonnement en exigeant systématiquement que soit démontrée l'existence d'un

---

[2180] Cour EDH, 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni n°2* [Cour plénière], Req. n° 13166/87., §§ 28, 29 et 50.- Même solution dans Cour EDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse* [Cour plénière], Req. n° 12726/87, § 61 : « *Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen plus ou moins large selon le cas. S'il s'agit, comme en l'espèce, d'une ingérence dans l'exercice des droits et libertés garantis par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1), ce contrôle doit être strict en raison de l'importance de ces droits, importance que la Cour a maintes fois soulignée. La nécessité de les restreindre doit se trouver établie de manière convaincante* ». - Cour EDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume Uni* [Cour plénière], Req. n° 13585/88, § 59 : les restrictions prévues par l'article 10 § 2 de la Convention « *appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de restreindre* [la liberté d'expression] *doit se trouver établi de manière convaincante* ».

[2181] Cour EDH, *Handyside*, préc., § 48.

[2182] Cour EDH, *Sunday Times*, précité., §59.

« *impératif prépondérant d'intérêt public* »[2183] ou d'un « *besoin social impérieux* »[2184] pour ne pas faire pencher la balance au profit de la liberté d'expression de la presse[2185], dont le poids réside principalement dans « *l'intérêt d'informer le public* »[2186] sur des sujets d'intérêt général. Cette construction jurisprudentielle a fini par établir une règle prétorienne de présomption en faveur de la liberté de la presse. Dès lors, en effet, le raisonnement de la Cour européenne relève moins d'une pesée au cas par cas d'intérêts contradictoires envisagés comme étant d'égales valeurs, que comme l'application d'un principe de prééminence de l'intérêt du public à recevoir des informations d'intérêt général[2187] ; principe dont les restrictions ne peuvent être interprétés que de manière étroite, et avec une marge réduite d'appréciation laissée aux Etats[2188] pour ce qui concerne l'information relative aux procédures judiciaires en cours. « *Là où la liberté de la « presse » est en jeu, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux.* »[2189] De plus, l'article 10 § 2 « *ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général* […] *La Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque* […] *les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime.* »[2190]

[2183] Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n° 17488/90, § 39. - Cour EDH, 25 février 2003, *Roemen et Schmidt c. Luxembourg* [Quatrième section], Req. n° 51772/99, § 46. - Cour EDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique* [Deuxième section], Req. n° 33400/96, § 91.
[2184] Cour EDH, *Goodwin*, préc.., § 40. - Cour EDH, *Roemen*, préc.., § 51.
[2185] Cour EDH, *Goodwin*, préc.., § 45 ; Cour EDH, *Roemen*, préc., § 58. - Cour EDH, *Ernst, préc.*, § 104.
[2186] Cour EDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France* [Troisième section], Req. n° 1914/02, § 24.
[2187] La Cour le dit de manière très claire dans l'arrêt *Sunday Times*, préc., § 65 : La Cour *« ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite* ».
[2188] Cour EDH, *Sunday Times*, op. cit., § 59. Si la Cour reconnaît une certaine marge d'appréciation des Etats parties en matière de « *protection de la morale* » (cf. Cour EDH, *Handyside*, op. cit., § 48), il n'en va pas « *exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, « d' autorité » du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande concordance de vue ressort du droit interne et de la pratique des Etats contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6* […], *qui n'ont pas d'équivalent pour la « morale ». A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu* ». - Même solution dans Cour EDH, 29 août 1997, *Worm c. Autriche* [Chambre], Req. n° 22714/93, § 47 : « *D'une manière générale, la « nécessité » d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante* […]. *Certes, il revient en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer s'il existe un « besoin social impérieux » susceptible de justifier cette restriction, exercice pour lequel elles bénéficient d'une certaine marge d'appréciation. En l'espèce, cependant, le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. De même, il convient d'accorder un grand poids à cet intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 10, si la restriction était proportionnée au but légitime poursuivi.* »
[2189] Cour EDH, *Stoll c. Suisse* [Grande chambre], Req. n° 69698/01, § 105. - Cour EDH, Editions *Plon c. France* [Deuxième section], Req. n° 58148/00, § 44.
[2190] Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse* [Grande chambre], Req. n° 69698, § 106.

§ 2. Le nouveau paradigme posé par la jurisprudence européenne

Plan. Plaçant au cœur de son raisonnement l'intérêt public d'une information (A), la Cour européenne a modifié les équilibres en donnant à ce principe un poids assez important pour l'emporter, le cas échéant, sur d'autres considérations, à commencer par le secret judiciaire (B).

A. La prise en compte de l'intérêt public d'une information

Un conflit possible avec d'autres droits garantis par la Convention. Le droit du public d'être informé sur des questions d'intérêt général, vaut donc également pour l'activité judiciaire, et spécialement pour la procédure pénale. La publicité prévue par l'article 6 § 1 de la Convention concerne les débats judiciaires et le prononcé des décisions. Cependant, l'article 6, prévoit des exceptions à ce principe de publicité, qui permet d'interdire l'accès physique du public et de la presse du lieu où se déroule l'activité judiciaire. Cette interdiction posée par l'article 6 concernant l'intérêt de la justice, n'interdit pas, cependant, l'évocation de cette activité sur le fondement de l'article 10, garantissant la liberté d'expression et d'information. On peut objecter que la pesée des intérêts en présence est relativement similaire au conflit entre les articles 10 § 1 et 10 § 2 : le principe posé dans toute sa force dans 10 § 1 se voit opposer une restriction et non un droit en lui-même.

Cette objection ne peut plus être soutenue, dès lors qu'est invoquée l'intérêt d'autrui au titre de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention, ou du droit à la présomption d'innocence, garanti par l'article 6. L'équilibre à trouver entre les articles 6, 8 et 10 de la Convention a fait l'objet de la Recommandation Rec (2003) 13 « *du Comité des Ministres aux Etats membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales.* »[2191] Ce texte, cependant, ne s'adresse pas aux professionnels des médias, mais aux pouvoirs publics à qui il présente des principes directeurs destinés à régler leur propre conduite en matière de divulgation d'informations.

[2191] Conseil de l'Europe, Rec (2003)13, adoptée par le Comité des Ministres le 10 juillet 2003.

Le conflit entre le droit du public à l'information et d'autres droits garantis par la Convention est réglé par la Cour européenne par la technique de la mise en balance des intérêts en présence.

Le droit à l'information et à la critique de l'activité judiciaire. La Cour, soupesant la nécessité d'une atteinte à la liberté de l'information fondée sur la protection des intérêts de l'autorité judiciaire a souvent donné raison aux journalistes qui contestaient leur condamnation par leurs juridictions nationales pour avoir publié des informations relatives à l'activité judiciaire ou commenté celle-ci dans des termes jugés illicites par les juridictions de leur pays. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a, par exemple, estimé que n'était pas nécessaire le fait de : réprimer une violation du secret de l'instruction concernant des éléments déjà connus du public[2192], condamner des critiques très sévères et polémiques à l'encontre de magistrats professionnels dans le cadre d'une affaire ayant suscité l'émotion du public[2193], ou encore sanctionner le rapport par la presse d'une instruction judiciaire engagée pour la suspicion de faits de viol à l'encontre d'un homme politique[2194]. De la même manière, la Cour a déclaré que la critique de magistrats ne saurait être prohibée par principe ; les juges de Strasbourg précisant que « *les limites de la critique admissible sont plus larges pour des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles, comme en l'espèce, que pour les simples particuliers* » et en déduit que des juges, « *fonctionnaires appartenant aux « institutions fondamentales de l'Etat »,* [peuvent] *faire, en tant que tels, l'objet de critiques personnelles dans des limites « admissibles », et non pas uniquement de façon théorique et générale.* »[2195] Dans un arrêt du 29 mars 2011, la Cour européenne a rappelé les principes qui régissent l'évocation, par la presse, des affaires judiciaires et le degré admissible de critique à l'encontre des magistrats. La presse représente un « *des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de*

[2192] Cour EDH, 22 mai 1990, *Weber c. Suisse* [Chambre], Req. n° 11034/84, § 49. - Dans le même sens au sujet de l'affaire *Spywatcher* : Cour EDH, 26 mai 1991, *Observer et Guardian c. Royaume Uni* [Cour plénière], Req. n° 13585/88, § 68.
[2193] Cour EDH, 24 février 1997, *De Haes et Gisjels c. Belgique* [Chambre], Req. n° 19983/82, §§ 47, 48 et 49.
[2194] Cour EDH, 19 janvier 2010, *Laranjeira Marques Da Silva* c. Portugal [Deuxième section], Req. n° 16983/06, § 50 : « *la Cour peut d'abord admettre que les publications litigieuses relevaient de l'intérêt général, le public ayant le droit d'être informé sur des enquêtes visant les hommes politiques, même lorsque d'éventuelles infractions ne semblent pas concerner, à première vue, l'exercice de leurs fonctions politiques* ».
[2195] Cour EDH, 14 février 2008, *July et Sarl Libération c. France* [Troisième section], Req. n° 20893/03, § 74. Dans son arrêt disputé du 14 janvier 2003, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait indiqué que « *Que s'il est légitime d'informer le public sur le fonctionnement de la justice, le but ainsi poursuivi ne dispense pas le journaliste des devoirs de prudence, de circonspection, et d'objectivité dans l'expression de la pensée ; que le droit de libre critique cesse devant les attaques personnelles* ». - Dans le même sens du droit de critique d'un fonctionnaire relativement à un débat de grand intérêt général : Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France* [Deuxième section], Req. n° 12697/03, §§ 28 à 30.

leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée »[2196]. Toutefois, « *l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un Etat de droit, a besoin de la confiance du public. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir.* »[2197] Cette volonté de préserver la confiance du public dans les tribunaux ne saurait, cependant, justifier une interdiction générale de critique des juges, dès lors que l'auteur de celle-ci respecte les devoirs et responsabilités qui lui incombent. La critique admissible du comportement d'un juge n'est pas aussi large que celle des hommes politiques qui s'exposent « *sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes* »[2198] ; ces limites sont néanmoins plus importantes pour un magistrat que pour un particulier dès lors qu'il appartient aux « *institutions fondamentales de l'Etat* »[2199]. Cette critique à l'encontre d'un juge peut, dès lors, être personnalisée, et non pas seulement « *théorique et générale* »[2200].

A contrario, la Cour a reconnu la nécessité d'une répression proportionnée d'une mise en cause non fondée de juges non professionnels[2201] ; d'une critique acerbe autant que dénuée de fondement d'un juge pénal[2202] ; de l'expression publique des doléances d'un avocat critiquent l'institution judiciaire en soutenant faussement l'impossibilité pour lui de former un recours contre une décision juridictionnelle[2203].

Toutes ces affaires ont un point commun : elles ont été jugées à partir des critères d'une règle prétorienne que la Cour européenne a édicté pour évaluer le degré de protection à accorder aux libertés journalistiques. Le début de ce mouvement peut s'observer dès l'arrêt Goodwin, lorsque la Cour, dans une formulation restée fameuse relative à la presse « *chien de garde* » de la démocratie, fonde le principe d'une protection relative à la liberté d'information sur la nécessité de garantir aux journalistes des conditions les laissant aptes « *à fournir des informations précises et fiables* »[2204] au public. Dans l'arrêt *Schwab*, elle avait déjà eu l'occasion de soupeser la bonne foi du journaliste à l'aune de la manière dont il rapportait des faits ; ces derniers devant présenter une certaine véracité, ou en tout cas une certaine

[2196] § 29, et Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlich c. Autriche*, § 34.
[2197] § 29, *De Haes*, préc., § 37.
[2198] § 32, 21 janvier 1999, *Janowski c. Pologne* [Grande chambre], § 33.
[2199] § 32
[2200] *Idem.*
[2201] Cour EDH, 22 février 1989, *Barfod c. Danermark* [Chambre], Req. n° 11508/85, § 35.
[2202] Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche* [Chambre], Req. n° 15974/90, §§ 36, 37 et 38.
[2203] Cour EDH, 20 mai 1998, *Schöpfer c. Suisse* [Chambre], Req. n° 25405/94, §§ 29, 33 et 34.
[2204] Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n°17488/90, § 39.

substance pour l'expression d'un jugement de valeur[2205]. Elle était allée un peu plus loin dans son arrêt *Prager*, introduisant l'idée, même si elle était exprimée de manière négative, d'une appréciation du comportement d'un journaliste – et partant, de sa bonne foi – en considération de son éthique professionnelle[2206]. La Cour a fini par associer ces différentes considérations dans son arrêt de Grande chambre *Fressoz et Roire*, dans lequel elle déclare d'abord que quiconque, « *y compris un journaliste, exerce sa liberté d'expression assume des « devoirs et responsabilités* » [et que] *les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun* »[2207]. Elle ajoute cependant que l'article 10 de la Convention « *protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique* »[2208], ce qui signifie que lorsque ces conditions sont réunies, notamment à la double condition d'une information véridique et dont la révélation présente un grand intérêt public, une information livrée par un journaliste peut enfreindre formellement un texte de nature pénale sans qu'il soit pour autant nécessaire de sanctionner le journaliste pour cela[2209]. La formulation est différente mais les éléments constitutifs de la solution sont les mêmes, quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Bladet Tromso*, qui énonce que « *la garantie que l'article 10 offre aux journalistes en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique.* »[2210] C'est, toutefois, une formulation proche de celle de l'arrêt *Fressoz et Roire* qui a été à nouveau utilisée dans trois arrêts de grande chambre en 2004 et 2007[2211]. Depuis l'arrêt fondateur *Fressoz et Roire contre France*, décision rendue le 21 janvier 1999, la Cour ne s'est pas écartée de sa solution, faisait entrer l'éthique et la déontologie journalistique dans la catégorie des sources de droit, puisque les juges de Strasbourg indiquent d'une manière expresse que leur prise en considération détermine leurs décisions. Nous avons dénombré une vingtaine

[2205] Cour EDH, 28 août 1992, *Schwabe c. Autriche* [Chambre], Req. n° 13704/88, § 34.
[2206] Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche* [Chambre], Req. n° 15974/90, § 37.
[2207] Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France* [Grande chambre], Req. n°29183/95, § 52.
[2208] Même arrêt, § 54.
[2209] C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit la Cour dans l'arrêt *Fressoz et Roire*.
[2210] Cour EDH, 20 mai 1999, *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège* [Grande chambre], Req. n° 21980/93, § 58.
[2211] Cour EDH, 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [Grande chambre], Req. n° 49017/99, § 78. - Cour EDH, 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakosky-Laurens et July c. France* [Grande chambre], Req. n° 21279/02 ; 36448/02, § 67. - Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse* [Grande chambre], Req. n°69698/01, § 103.

d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dont la solution fait référence à « *l'éthique journalistique* », et une trentaine qui évoquent la « *déontologie journalistique* ». Le plus récent date de 2012[2212]. Certains arrêts comme *July et Sarl Libération contre France* contiennent les deux expressions[2213]. La Cour n'a pas opéré un revirement jurisprudentiel en 1999, mais la présomption en faveur de la liberté d'expression et d'information est tout de même, depuis cette date, moins clairement affichée dans ses arrêts. Les juges de Strasbourg reviennent davantage à une technique de mise en balance des intérêts en présence, en soupesant la protection à accorder à la presse à l'aune des critères dégagées par la Cour, édictant donc les obligations qu'elle entend faire peser sur les journalistes.

La mise en balance des droits dans « *l'arène politique* ». La Cour donne une grande importance au fait de savoir si le litige qui lui est soumis relève du débat public, ou mieux de « *l'arène politique* », pour reprendre une expression qu'elle affectionne[2214], et dont on comprend qu'elle considère que c'est là que se déroule l'affrontement pour le pouvoir. Elle va, dans un second temps, observer si la présence de la partie impliquée par la diffusion d'une information relative à une activité judiciaire, se trouve dans cette arène par l'effet de sa volonté[2215], ou en raison de circonstances étrangères indépendantes de sa volonté[2216]. Le droit de contrôle du public sur les affaires publiques peut, par ailleurs, « *inclure la diffusion d'informations et d'opinions sur des personnes autres que les personnalités politiques et les fonctionnaires* » et fonder le droit des médias « *de diffuser des informations négatives et des opinions critiques sur les personnalités politiques et les fonctionnaires.* » La Déclaration ajoute : « *L'Etat, le gouvernement ou tout autre organe des pouvoirs exécutif, législatif ou judiciaire peuvent faire l'objet de critiques dans les médias. En raison de leur position dominante, ces institutions ne devraient pas être protégées en tant que telles par le droit pénal contre les déclarations diffamatoires ou insultantes. Lorsque ces institutions bénéficient toutefois d'une telle protection, cette protection devrait être appliquée de façon très restrictive*

[2212] Nous ajoutons, au moment même de rendre cette thèse : Cour EDH, 12 avril 2012, *Martin et autres c. France* [5e section], Req. n° 30002/08, § 63, non définitif.
[2213] Cour EDH, 14 février 2008, *July et SARL Libération c. France* [Troisième section], Req. n° 20893/03, § 69.
[2214] Cour EDH, *Lingens*, préc., § 41 ; Cour EDH, *Piermont c. France* [Chambre], Req. n° 15773/89 ; §76.
[2215] Parmi les personnes se retrouvant dans l'arène politique par l'effet de leur volonté, citons les responsables politiques au sens large, c'est-à-dire celles impliquées de manière courante dans le débat politique. Dans l'arrêt *Lingens*, préc., la Cour évoque « *le contexte d'une lutte politique entre adversaires politiques » et les « durs combats de la vie politique* », § 24. « [L]*es limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier: à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance*. », § 42.
[2216] Une personne peut très bien se retrouver dans une affaire ou des circonstances relevant d'un débat public sans, pour autant, avoir jamais cherché la publicité.

en évitant, dans tous les cas, qu'elle puisse être utilisée pour restreindre la liberté de critique. Les personnes représentant ces institutions restent par ailleurs protégées en tant qu'individus ». L'appréciation de la situation au regard de l'article 10 des acteurs politiques et des fonctionnaires élaborée par la Cour est reprise par la Déclaration : « *Les personnalités politiques ont décidé d'en appeler à la confiance du public et ont accepté d'être l'objet d'un débat politique public et sont par conséquent soumises à un contrôle public attentif et à une critique publique potentiellement vigoureuse et forte à travers les médias quant à la façon dont elles ont exercé ou exercent leurs fonctions. ─ Les fonctionnaires doivent accepter d'être soumis au contrôle et à la critique publics, particulièrement par le biais des médias, en ce qui concerne la façon dont ils ont exercé ou exercent leurs fonctions, dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la transparence et l'exercice responsable de leurs fonctions. -La vie privée et la vie familiale des personnalités politiques et des fonctionnaires devraient être protégées à l'encontre de reportages par les médias en application de l'article 8 de la Convention. Toutefois, des informations sur leur vie privée peuvent être divulguées si cela constitue un sujet d'intérêt public directement lié à la façon dont ils ont exercé ou exercent leurs fonctions, tout en tenant compte de la nécessité de ne pas porter inutilement préjudice à un tiers. Lorsque des personnalités politiques et des fonctionnaires attirent eux-mêmes l'attention sur des éléments de leur vie privée, les médias sont habilités à exercer un droit de regard sur ces éléments* ».

Pour la catégorie des personnes se retrouvant dans l'arène publique pour des raisons totalement étrangères à leur volonté, la Cour va procéder à une mise en balance attentive des intérêts de ceux qui diffusent l'information et des personnes objets de cette information. Dans l'arrêt *Fressoz et Roire*, la Cour explique ainsi que « *protéger la réputation et les droits d'autrui et* […] *empêcher la divulgation d'informations confidentielles* »[2217] constituent des buts légitimes permettant de fonder une ingérence dans la liberté d'expression et d'information garantie par l'article 10 de la Convention. Face à une atteinte au droit d'autrui, la Cour procédera donc principalement à l'examen de la qualité, publique -avec différentes gradations possibles- ou non, de la personne objet de l'information ; de l'existence d'un débat d'intérêt général et de la nécessité d'une ingérence dans le droit garanti par l'article 10 §1. Elle jaugera, enfin, le degré de protection à apporter à celui qui a utilisé sa liberté d'expression à l'aune des critères – dont les poids respectifs sont variables selon les

[2217] Cour EDH, *Fressoz et Roire*, précité, § 43.

circonstances de la cause – de bonne foi, de véracité et de respect de l'éthique ou de la déontologie journalistique. Les appréciations au sujet de cette dernière ont même fini par devenir extrêmement importante dans les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme relatives à l'article 10.

La prise en compte renforcée de la réputation et de la présomption d'innocence des personnes en cause. La prise en compte de l'existence d'informations d'intérêt général ne saurait cependant constituer un permis de diffamer, ni d'influencer de futurs jurés[2218] au point d'enlever tout caractère équitable du procès. Ainsi, dans un arrêt de grande chambre de 2004, les juges de Strasbourg écrivent : « *Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention souligne que l'exercice de la liberté d'expression comporte des « devoirs et responsabilités », qui valent aussi pour les médias même s'agissant de questions d'un grand intérêt général. De plus, ces devoirs et responsabilités peuvent revêtir de l'importance lorsque l'on risque de porter atteinte à la réputation d'une personne nommément citée et de nuire aux « droits d'autrui ». Ainsi, il doit exister des motifs spécifiques pour pouvoir relever les médias de l'obligation qui leur incombe d'habitude de vérifier des déclarations factuelles diffamatoires à l'encontre de particuliers* […] *Aux fins de l'exercice de mise en balance des intérêts concurrents auquel la Cour doit se livrer, il lui faut aussi tenir compte du droit que l'article 6 § 2 de la Convention reconnaît aux individus d'être présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie* […] *La Cour doit donc rechercher si les requérants ont agi de bonne foi et se sont conformés à l'obligation ordinaire incombant aux journalistes de vérifier une déclaration factuelle. Cette obligation signifie qu'ils devaient s'appuyer sur une base factuelle suffisamment précise et fiable qui pût être tenue pour proportionnée à la nature et à la force de leur allégation, sachant que plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide* »[2219]. La Cour précise encore que « *toute personne, fût-elle journaliste, qui exerce sa liberté d'expression, assume des « devoirs et des responsabilités » dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé*[2220]. […] *Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression, qui restent valables même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses*

[2218] Cour EDH, 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France* [Première section], Req. n° 53886/00, §§ 71, 72, 74 et 75.
[2219] Cour EDH, 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [Grande chambre], Req n° 49017/99, § 78.
[2220] Ce terme peut notamment s'entendre de la question de savoir s'il s'agit d'une émission en direct ou non, si les propos sont rapportés dans un article entre guillemets et apparaissent comme ceux d'un tiers ou sont l'expression directe du journaliste, s'il s'agit d'une interview etc.

d'intérêt général […]. *Ces considérations jouent un rôle particulièrement important de nos jours, vu le pouvoir qu'exercent les médias dans la société moderne, car non seulement ils informent, mais ils peuvent en même temps suggérer, par la façon de présenter les informations, comment les destinataires devraient les apprécier. Dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations, circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d'auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue.* »[2221]

B. La mise à mal du secret judiciaire

Le secret judiciaire opposé au droit du public à l'information. Le secret judiciaire existe dans tous les pays ayant signé la Convention européenne des droits de l'homme. En France, une diffusion illicite d'un document judiciaire peut être constituée par la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction commise par une personne y étant légalement soumise. Ce secret est posé à l'article 11 du Code de procédure pénale qui dispose que « *sauf dans les 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* ». Ne sont donc soumis à ce secret que les personnes qui concourent à l'enquête ou à l'instruction.

L'infraction de recel relève du droit commun et est posé à l'article 321-1 du code pénal qui le définit comme « *le fait de dissimuler, détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de transmettre en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit*. »[2222] Il est donc d'abord nécessaire d'être en présence d'une infraction principale, antérieure au délit de recel, commise par un tiers[2223] et dont le produit a profité au receleur. Il faut, ensuite, que le receleur ait eu connaissance de la première infraction. La seule croyance d'une origine frauduleuse de la chose ne suffit pas, le recel ne peut pas être putatif. Le recel peut être puni de manière autonome, sans que la première infraction le soit, ni même que son auteur soit connu[2224].

C'est dans l'affaire dite des « *écoutes de l'Elysée* » que la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'exprimer sa réprobation de la condamnation de journalistes pour

[2221] Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse* [Grande Chambre], Req. n° 69698/01, §§ 102 et 104.
[2222] L'infraction de recel n'était pas défini par l'ancien code pénal.
[2223] Le receleur ne peut pas être le voleur, mais il peut être le complice, notamment si il a passé commande : Cass. crim. 18 novembre 1965, D. 1966, p 248, note Combaldieu.
[2224] Cass. crim., 3 mars 1955, *D.*, 1955, p. 329.

recel. Quelques jours après le décès de François Mitterrand en 1996, les éditions Fayard publient le livre de deux journalistes intitulé « *Les oreilles du président* »[2225]. Ils y décrivent en détail la manière dont la « cellule antiterroriste » installée à la présidence de la République, détournée de son objet, s'est livrée, illégalement, entre 1983 et 1986, à l'écoute et à l'enregistrement de conversations téléphoniques de près de 2.000 personnes, parmi lesquelles de nombreuses personnalités de la société civile. La condamnation des journalistes à 5.000 francs chacun pour recel de violation du secret de l'instruction ou de secret professionnel, solidairement à 50.000 francs de dommages-intérêts et à la déclaration de la responsabilité civile de la société éditrice[2226] fut confirmée en appel[2227]. Par arrêt du 19 juin 2001, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta leur pourvoi[2228]. Les deux journalistes et leur éditeur saisirent la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt Dupuis et autres contre France[2229], rendu à l'unanimité, la Cour européenne condamne la France pour violation de l'article 10 de la Convention. Un passage de l'arrêt sonne comme un *obiter dictum* adressé à la France : *« La Cour estime au demeurant qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « chiens de garde » de la démocratie* »[2230]

Cependant, cet arrêt ne saurait constituer un principe général de l'interdiction du recel de secret de l'enquête ou de l'instruction par les journalistes. Ainsi, dans un arrêt *Tourancheau et July contre. France*, la Cour a-t-elle jugé que la condamnation de la publication de pièces tirés d'un dossier d'instruction était fondée, dès lors que la publication en cause portait atteinte au caractère équitable de la procédure en cours[2231]. Sa pensée a été affinée dans un arrêt du 28 juin 2011[2232], dans lequel, comme à son habitude, la Cour a fait prévaloir la technique de la pesée des intérêts en présence. Deux positions s'affrontaient de manière très classique.

[2225] PONTAUT Jean-Marie, DUPUIS Jérôme, *Les oreilles du Président*, Paris, Fayard, 1996.
[2226] TGI Paris, 17e ch., 10 septembre 1998 ; *JCP* G, 1998, II, 10188, note Derieux ; Droit pénal, novembre 1998, comm., n° 144, obs. Veron.
[2227] CA Paris, 11e ch. A, 16 juin 1999, *D*. 2000, p. 167, note Bigot.
[2228] Cass. crim., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-85188, *D*. 2001, p. 2538, note Beignier et de Lamy ; *Legipresse*, octobre 2001, III, note Baudelot, p. 161 ; *Petites affiches*, 5 septembre 2001, note Derieux, p. 14 ; *Gaz. Pal*., 2002, juris., note Monnet, p. 120 ; *JCP* G, 2002, II, 10064, concl. Commaret et note Lepage.
[2229] Cour EDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France*, Req. n° 1914/02 ; *Gaz. Pal.*, 1er juillet 2007, note Normand-Bodard et Le Gunehec, p. 2 ; *JCP* G 2007, II, 10127, note Derieux ; *Comm. com. électr*., 2008, Etude n° 12, pp. 11-16, note Fourment, Michalski et Piot.
[2230] Cour EDH, *Dupuis et autres*, préc., § 46.
[2231] Cour EDH, 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France* [Première section], Req. n° 53886/00 , §§ 63 et 66.
[2232] Cour EDH, 28 juin 2011, *Pinto Coehlo c. Portugal* [Deuxième section], Req. n° 28439/08.

D'un côté, le gouvernement portugais estimait que la condamnation d'une journaliste ayant divulgué des pièces judiciaires secrètes était, certes, une ingérence dans sa liberté d'expression, mais qu'une telle ingérence était justifiée « *par les buts légitimes de protéger la réputation et les droits d'autrui, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire et le droit à la présomption d'innocence* ».

De l'autre, la journaliste requérante soutenait que l'affaire relevait d'une question d'intérêt général, et que le fait de montrer à l'écran un acte d'accusation et un acte de poursuite signé du procureur général n'était destiné qu'à conforter la crédibilité de son reportage, sans porter atteinte ni à l'enquête, ni à la présomption d'innocence du haut fonctionnaire poursuivi.

La Cour européenne des droits de l'homme, tout d'abord, a jugé que la protection à apporter à des documents d'un dossier judiciaire en cours poursuivait des buts légitimes : une telle protection, pouvant passer par la condamnation des personnes divulguant des documents de cette sorte, peut avoir pour but « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice », d'éviter « toute influence extérieure sur le cours de celle-ci* », et vise donc en conséquence à garantir « *l'autorité* » et « *l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». La Cour a retenu aussi comme but légitime fondant de telles décisions judiciaires la protection de la « *réputation et des droits d'autrui* »[2233]. Dans le même temps, les juges européens rappellent toute l'importance qu'il convient de donner à la protection de la liberté d'expression et du droit du public à l'information : « *on ne saurait penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général* »[2234]. Il y va « *du droit de regard du public sur le fonctionnement du système de justice pénale* »[2235].

La Cour a rappelé ce qu'elle avait déjà eu l'occasion de dire à l'occasion de l'arrêt Dupuis contre France[2236], et qui n'est que la conséquence directe de son arrêt Fressoz et Roire contre France[2237] : le fait de montrer des fac-similés de pièces judiciaires, dès lors que l'affaire traite

---

[2233] Même arrêt, § 30.
[2234] Même arrêt, § 33.
[2235] Même arrêt, § 35.
[2236] Cour EDH, 7 juin 2006, *Dupuis et autres c. France* [Troisième section], Req. n° 1914/02, § 46 : « *La Cour estime au demeurant qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « chiens de garde » de la démocratie.* […] *en l'espèce, il ressort des allégations non contestées des requérants que ceux-ci ont agi dans le respect des règles de la profession journalistique, dans la mesure où les publications litigieuses servaient ainsi non seulement l'objet mais aussi la crédibilité des informations communiquées, attestant de leur exactitude et de leur authenticité* »
[2237] Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France* [Grande Chambre] , Req. n° 29183/95, § 54 : l'article 10 « *par essence, laisse aux journalistes le soin de décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leurs informations pour en asseoir la crédibilité. Il protège le droit des journalistes de communiquer*

d'une question d'intérêt général, sert « *l'objet mais aussi la crédibilité des informations communiquées, attestant de leur exactitude et de leur authenticité* »[2238].

En juin 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a ajouté de manière expresse à l'arrêt *Tourancheau et July contre France*, que la prise en compte du droit à la présomption d'innocence des personnes en cause et celle du préjudice que pouvait subir l'enquête sont des éléments pertinents pour juger le caractère licite ou non de la divulgation, au nom du droit à l'information du public, de pièces tirés d'un dossier judiciaire en cours[2239]. Ces dernières peuvent d'ailleurs être publiées au nom de la bonne information du public, dès lors que l'intérêt général de la divulgation de l'information l'emporte dans la pesée des intérêts. C'est donc un nouveau paradigme que la Cour européenne des droits de l'homme a mis en place pour apprécier la question de la diffusion, par des tiers, d'informations et de documents relatifs à l'activité judiciaire.

Le recel du document comme preuve de véracité et de bonne foi. Bien que le journaliste ne soit pas soumis au secret de l'enquête et de l'instruction, c'est pourtant lui qui encourt légalement la répression la plus lourde au titre du recel[2240]. Par ailleurs, la possibilité de qualifier de recel l'usage par un journaliste dans l'exercice de ses fonctions d'un document soumis à un secret professionnel emporte des conséquences procédurales aussi graves que concrètes (perquisitions, interceptions de correspondance, avec ce risque bien réel pour l'équilibre de notre démocratie que la curiosité des enquêteurs, une fois arrivés au sein des rédactions, s'étende bien au-delà de ce qu'ils étaient venus chercher), tant il est facile de soupçonner n'importe quel journaliste d'avoir détenu des documents éventuellement secrets. Mais n'est ce pas là précisément son métier [2241] ? Dans l'arrêt *Dupuis*, la Cour européenne, reprenant sa formulation de l'arrêt *Fressoz et Roire*, rappelle que l'article 10 de la Convention *« protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique* »[2242]. L'appréciation de la qualité de ces informations varie en intensité selon

---

des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique ».

[2238] Même arrêt, § 38.

[2239] Cour EDH, 28 juin 2011, *Pinto Coehlo c. Portugal* [Deuxième section], Req. n° 28439/08.

[2240] Cinq ans d'emprisonnement et 375.000 euros d'amende : article 321-1 du Code pénal.

[2241] Dans l'arrêt *Roemen*, la Cour insiste sur le fait que « *les perquisitions litigieuses n'ont pas été effectuées dans le cadre de la recherche d'une infraction que le requérant aurait commise en dehors de ses fonctions de jorunaliste.* », § 52.

[2242] Cour EDH, *Dupuis*, préc., § 46.

que les propos publiés consistent en l'imputation d'un fait ou en l'émission d'un jugement de valeur[2243] : si la matérialité d'un fait peut se prouver, un jugement de valeur ne requiert qu'une base factuelle suffisante[2244]. Dans les deux cas, les journalistes doivent vérifier les faits[2245], rapporter fidèlement et de bonne foi les récits qu'ils recueillent[2246] - avec rigueur et prudence -[2247] et présenter contradictoirement les thèses en présence[2248] pour permettre aux lecteurs « *de se former une opinion* »[2249], ou d'offrir la possibilité aux protagonistes des évènements de s'exprimer[2250], à l'exclusion donc de toute négligence délibérée[2251]. Face à ces exigences déterminant sa fonction sociale, la presse est donc dans l'obligation de fournir des preuves de la vérité des informations publiées[2252] afin d'écarter l'hypothèse « *qu'une distorsion de la réalité, opérée de mauvaise foi,* [puisse] *parfois transgresser les limites de la critique acceptable* » puisque « *une affirmation véridique peut se doubler de remarques supplémentaires, de jugements de valeur, de suppositions, voire d'insinuations susceptibles de créer une image erronée aux yeux du public* »[2253]. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'utilisation de documents publics permet à la presse de satisfaire à ces obligations[2254], surtout lorsque ces documents sont nombreux[2255]. Au point, d'ailleurs de dispenser les journalistes de vérifier l'exactitude des informations contenues dans de tels documents[2256]. La détention de pièces en recel de violation de secret de l'instruction apparaissant alors comme la garantie d'une information de qualité, et leur diffusion comme un gage de sérieux adressé au public. Informant, et montrant qu'elle informe avec le souci de la qualité de l'information qu'elle présente, la presse y gagne en crédibilité. Elle ne peut cependant le faire qu'en se fondant sur une défaillance : celle de l'institution judiciaire, qui n'a pas informé le public au sujet de procédures relevant du débat d'intérêt général.

[2243] Cour EDH, *Lingens*, préc., § 46.
[2244] Cour EDH, 27 janvier 1997, *De Haes et Gijsels c. Belgique*[Chambre], Req. n° 19983/92, § 47.
[2245] Cour EDH, 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [Grande chambre], Req. n° 49017/99, § 78.
[2246] Cour EDH, 2 mai 2000, *Bergens Tilende et autres c. Norvège* [Troisième section], Req. n° 26132/95, § 56.
[2247] Cour EDH, 31 janvier 2006, *Stângu et Scutelnicu c. Roumanie* [Deuxième section], Req. n° 53899/00, § 53.
[2248] Cour EDH, 28 septembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie* [Deuxième section], Req. n° 46572/99, § 41.
[2249] Cour EDH, 28 septembre 2000, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* [Quatrième section], Req. n° 37698/97, § 35.
[2250] Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche* [Chambre], Req. n° 15974/90, § 37.
[2251] Cour EDH, 26 février 2002, *Unabhängige Initiative informationvielfalt c. Autriche* [Troisième section], Req. n° 28525/95, § 43.
[2252] Cour EDH, *Stângu*, préc., § 51.
[2253] Cour EDH, 27 mai 2004, *Vides Aizsardzïbas klubs c. Lettonie* [Première section], Req. n° 57829/00, § 45.
[2254] Cour EDH, 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France* [Deuxième section], Req. n° 51279/99, § 65.
[2255] Cour EDH, 22 décembre 2005, *Paturel c. France* [Première section], Req. n° 54968/00, § 39.
[2256] Cour EDH, *Colombani*, préc., § 55.

La sanction d'un défaut d'information spontanée de la part de l'autorité judiciaire. L'arrêt *Dupuis* prend le chemin d'une transformation en devoir d'information spontanée de l'autorité publique de ce qui n'était qu'une faculté laissée à la discrétion du procureur de la république sur le fondement de l'article 11 du Code de procédure pénale. Pour fonder son raisonnement, la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur la Recommandation Rec(2003)13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe « *sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales* »[2257]. Le principe 6 de l'annexe à cette Recommandation pose que « *dans le cadre des procédures pénales d'intérêt public ou d'autres procédures pénales attirant particulièrement l'attention du public, les autorités judiciaires et les services de police devraient informer les médias de leurs actes essentiels, sous réserve que cela ne porte pas atteinte au secret de l'instruction et aux enquêtes de police et que cela ne retarde pas ou ne gêne pas les résultats des procédures. Dans le cas des procédures pénales qui se poursuivent sur une longue période, l'information devrait être fournie régulièrement.* » Comment ne pas faire le rapprochement avec l'arrêt *Dupuis* et donc l'affaire des « *écoutes de l'Elysée* » ? L'arrêt de la Cour ne dit pas expressément que l'institution judiciaire a manqué à son obligation de communiquer. Cependant, il se dégage du raisonnement que ce silence judiciaire est un des éléments qui valide l'action des médias. Pour s'assurer de l'impartialité d'un tribunal « *même les apparences peuvent revêtir de l'importance.* » Il ne faut pas qu'une procédure puisse « *paraître sujette à caution* »[2258]. La Cour s'est même appuyée sur « *l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice* »[2259] pour sanctionner « *des défauts apparents d'un système judiciaire, dont elle sait pertinemment bien et dont elle dit explicitement que ces défauts n'existent pas en réalité* »[2260]. Appliqué à la situation de la divulgation par la presse de documents judiciaires, le raisonnement ne pourrait-il pas être : qu'importe que la justice fasse son travail, si elle donne l'apparence de ne pas le faire au sujet de personnes puissantes ? La longueur excessive d'une procédure, au sujet de laquelle aucune information ne filtre, ne valide-t-elle pas l'intervention des médias, dès lors que le silence de l'institution judiciaire, en méconnaissance des termes de la Recommandation citée plus haut, jette la suspicion sur l'indépendance et l'impartialité de la Justice plutôt qu'elle n'accroit son autorité ? Il est en tout cas intéressant que la Cour fonde son

[2257] Recommandation adoptée le 10 juillet 2003, que la Cour européenne cite dans la rubrique « *droit interne pertinent* » de son arrêt, § 20.
[2258] Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique* [Chambre], Req. n° 9186/80, §§ 26 et 27.
[2259] Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique* [Grande chambre], Req. n° 12005/86, § 24.
[2260] Opinion dissidente du juge Storme sous *Borgers*.

raisonnement pour cet aspect de l'article 6 et pour l'article 10 sur un même principe fondateur : le droit du public à être informé[2261], à tel point que nous pourrions soutenir qu'il existe un champ commun à ces deux articles au sujet de la publicité du procès pénal.

La production en justice du document obtenu de manière illicite. Par ailleurs, par égard pour « *le principe de valeur constitutionnelle que constitue l'exercice des droits de la défense* », le journaliste est autorisé par la chambre criminelle de la Cour de cassation[2262] à produire en justice, sans crainte d'être poursuivi pour cela, une pièce de procédure détenue en recel de violation de secret professionnel, de l'enquête ou de l'instruction dès lors que, poursuivi en diffamation, cette production lui est nécessaire pour bénéficier de l'exception de vérité ou de bonne foi. Cette jurisprudence a été consacrée par la législateur qui a ajouté en 2010[2263] un dernier alinéa de l'article 35 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, qui dispose désormais : « *Le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires* ». La loi conduit donc le journaliste à se préconstituer des preuves avec des pièces tirés des dossiers judiciaires. La loi l'autorise, et l'incite, à produire devant son juge ce que la loi lui défend de produire devant ses lecteurs. Nous pouvons, cependant, nous interroger sur le point de savoir, en termes d'intérêt social dans une société démocratique, si la crédibilité du journaliste est plus importante devant un juge ou devant le public ?

La protection des sources journalistiques, y compris des sources judiciaires. Mettant en balance le droit du public à l'information avec les autres intérêts, dont ceux de l'institution judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcé en faveur de la première, interprétant notamment l'article 10 de la Convention dans le sens d'une création d'un droit prétorien à la protection des sources des journalistes, alors même que les personnes renseignant les journalistes seraient soumis au secret professionnel ou au secret de l'enquête et de l'instruction. La protection des sources journalistiques par la Cour européenne des droits de l'homme se fonde juridiquement sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de

[2261] La liberté de la presse garde toutefois comme limite la présomption d'innocence et la garantie d'un procès équitable : Cour EDH, 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France* [Première section], Req. n° 53886/00, § 68.
[2262] Cass. crim., 11 juin 2002, Bull. n° 132 ; *JCP* G 2003, II, 10061, note Dreyer ; *Gaz. Pal*., 2002, p. 1745, note Monnet ; *RSC*, 2002, p. 881, obs. Renucci .
[2263] Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010.

l'homme et s'inspire de la Recommandation n° R (2000) 7 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information. La position de la Cour européenne relève cependant de l'interprétation puisque l'article 10 de la Convention ne dit mot qu'un quelconque principe de protection des sources des journalistes. La protection des sources journalistiques s'est construite à partir de quatre arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : *Goodwin contre Royaume-Uni*[2264], *Roemen et Schmit contre Luxembourg*[2265], *Ernst et autres contre Belgique*[2266] *et Sanoma Uitgevers contre Pays-Bas*[2267]. Pour la Cour, la protection de la liberté d'expression dans une société démocratique, implique que le public puisse être informé, ce qui nécessite que les journalistes, dans leur rôle social d'informateurs du public, le soient. Pour que cette dernière situation se réalise, il faut que les journalistes possèdent des sources d'information, et que ces dernières ne soient pas dissuadées d'informer la presse, laquelle information est susceptible de porter sur des questions d'intérêt général. Il n'y aurait donc pas d'information efficace du public si les sources étaient taries et la protection de la forme démocratique des sociétés implique de protéger ces dernières.

Cette conception est partagée par le Conseil de l'Europe, qui a adopté en ce sens la Recommandation n° R (2000) 7 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information.

La Cour européenne des droits de l'homme n'exige pas que soit démontré le caractère d'intérêt général de l'information délivrée par la source. C'est le lien unissant le journaliste et son informateur qui est protégé, pas l'information en cause. L'objet de la protection est donc tout élément qui permettrait d'identifier la source d'un journaliste. Cette protection, pourtant, revient à empêcher des poursuites contre un informateur auteur d'une infraction pénale. Ici, particulièrement, face à une « *question d'intérêt général* » et sauf « *impératif prépondérant d'intérêt public* »[2268] ou « *besoin social impérieux* »[2269], la Cour choisit de « *faire pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse* »[2270] et donc de l'information du public sur les affaires judiciaires en cours présentant

[2264] Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni* [Grande chambre], Req. n° 17488/90, § 39.
[2265] Cour EDH, 25 février 2004, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, [Quatrième section], Req. n° 51772/99, § 78.
[2266] Cour EDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003 [Deuxième section], Req. n° 33400/96, § 91.
[2267] Cour EDH, 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers c. Pays-Bas* [Grande chambre], Req. n° 38224/03, § 71 et 72.
[2268] Cour EDH, *Goodwin*, préc., § 39.- Cour EDH, *Roemen et Schmit*, préc., § 78.- *Ernst et autres*, § 91.- Cour EDH, *Sanoma*, préc., § 51.
[2269] Cour EDH, *Goodwin*, préc. § 40.- Cour EDH, *Roemen et Schmit*, préc. § 83.
[2270] Cour EDH, *Goodwin*, préc., § 45.- *Roemen et Schmit*, préc., § 90. Cour EDH, *Ernst et autres*, préc., § 104.

un intérêt public, au prix de l'oubli, ou en tout cas de l'absence de sanction, de l'infraction initiale.

La remise en cause du modèle français. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme amène à reconsidérer le raisonnement applicable à la diffusion d'informations en relations avec une procédure judiciaire. Sous l'influence de cette jurisprudence européenne, la question préalable en matière de droit de la presse devient : existe-t-il, pour telle affaire, un intérêt général fondant le droit du public d'en être informé ?

La position de la Cour européenne des droits de l'homme a été résumée, en la matière, au paragraphe 54 de l'arrêt *Fressoz et Roire contre France* en 1999 : l'article 10 de la Convention « *protège le droit des journalistes de communiquer des informations d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique* »[2271].

La formulation de l'arrêt *Fressoz et Roire* a mis une décennie à migrer dans la jurisprudence de la Cour de cassation, mais y est désormais bien installée. Un article de presse relatif à la manière dont est utilisé l'argent public relève de l'intérêt général, et ce dernier peut l'emporter au terme d'un raisonnement fondé sur la mise en balance des intérêts en présence : « *l'article incriminé traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'Etat français et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait par les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* »[2272]. Une information au sujet d'une affaire judiciaire, dès lors que cette dernière traite de la manière dont a été utilisé l'argent « *du contribuable* » est donc susceptible de relever de l'intérêt général, mais la Cour de cassation est allée plus loin, en précisant que l'action de la justice elle-même, indépendamment de l'objet de l'affaire traitée, relevait également de l'intérêt général : « *l'article incriminé portant sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat* »[2273]. M. Jean-François Burgelin, en juin 2000 avait déclaré : « *l'article 10 de la Convention se substitue progressivement à la loi française de 1881 qui n'a plus qu'un*

[2271] Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France* [Grande chambre], Req. n° 29183/95, § 54.
[2272] Cass. crim. 11 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 59.
[2273] Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim. 2009, n° 88.- Pour une appréciation européenne de ce sujet : Cour EDH, 29 mars 2011, *Cornelia Popa c. Roumanie* [Troisième section], Req. n° 17437/03 : PIOT Philippe, « La préservation de la confiance du public dans les tribunaux n'est pas exclusive de la critique publique des magistrats », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 167, pp. 21-22.

caractère subsidiaire »[2274]. Le 3 février 2011, la Cour de cassation a jugé, cassant sans renvoi un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait condamné sur le fondement d'un manque de prudence dans l'expression au moment d'imputer des faits de nature diffamatoire : « *l'intérêt général du sujet traité et le sérieux constaté de l'enquête, conduite par un journaliste d'investigation, autorisaient les propos et les imputations litigieux* »[2275]. Laquelle Cour de cassation avait déjà reconnue, en 2007, « *le droit du public à être informé* »[2276].

L'influence directe de l'arrêt *Fressoz et Roire* peut, par ailleurs, être constatée dans un arrêt rendu en 2009 par la chambre criminelle de la Cour de cassation : « *Attendu qu'en décidant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les textes et dispositions conventionnels invoqués, dès lors que, s'agissant de comptes rendus sur des questions d'intérêt général, la garantie de l'article 10, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut bénéficier aux journalistes que si ceux-ci agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit, dans le respect de la déontologie journalistique* »[2277].

Cette évolution de la jurisprudence, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme conduit à abandonner une conception du droit de la presse fondée sur une théorie de la limite. Dans l'état antérieur de la jurisprudence, l'infraction était réprimée dès lors que les éléments matériels et moraux de celle-ci étaient constitués. Il en était de même relativement à la faute civile, dès lors, par exemple, qu'une atteinte à la vie privée était constatée. La liberté d'expression du journaliste existait tant qu'il ne franchissait pas la limite posée par la loi, celle-ci pouvant parfois autoriser l'atteinte, par exemple par la mise en action de l'immunité judiciaire prévue à l'article 41 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse.

Un raisonnement fondé sur la mise en balance des intérêts en présence bouleverse ce système. L'infraction, même minime, peut être réprimée en l'absence d'un intérêt permettant de le contrebalancer. A l'inverse, une grave atteinte peut ne pas être sanctionnée, par le constat d'un intérêt général important le contrebalançant et l'emportant dans la pesée.

La jurisprudence contemporaine peut être déroutante si elle est abordée avec l'optique ancienne de la théorie de la limite : un léger franchissement de l'interdit sera puni, alors qu'un dépassement important ne le sera pas. En revanche, ces décisions trouvent un sens dès lors

---

[2274] BURGELIN Jean-François, « La loi de 1881, Loi du XXIe siècle ». *Actes du colloque de l'association Presse-Liberté du 30 juin 2000*, Paris, p. 10.

[2275] Cass. civ. 1, 3 février 2011, pourvoi n° 09-10301 ; *Légipresse*, 2011, p. 226, comm. Henri Leclerc ; *Dalloz* 2011, p. 519, note Sabrina Lavric ; *Comm. com. élec*, 2011, comm. 46, Agathe Lepage ; *RLDC*, 2011, n° 80, pp. 22-23, note Jean-Philippe Bugnicourt ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 167, pp. 18-20, comm. Philippe Piot.

[2276] Cass. civ. 1, 15 mai 2007, Bull. civ. I, n° 191.

[2277] Cass. crim., 10 novembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86295.

que nous leur appliquons une lecture relative : si le plateau de l'intérêt général est vide, la moindre infraction, même légère, fera basculer la balance du côté de la répression. Si le plateau de l'intérêt général est lourdement empli, il faudra que l'intérêt à protéger par la répression soit d'importance pour pouvoir entraîner une condamnation.

Une illustration de cette manière d'aborder cette matière nous a été donnée récemment à l'occasion des poursuites engagées contre le site Internet *Mediapart*, pour avoir diffusé le contenu d'enregistrement de propos tenus par Mme Bettencourt, à son domicile et à son insu.

Cité en référé devant le tribunal de grande instance de Paris, M. Plenel, le directeur de la publication du site, se voyait non seulement reprocher une atteinte à la vie privée fondée sur l'article 9 du Code civil, mais aussi sur celui des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal.

L'article 226-1 « *puni d'un an d'emprisonnement et de 45.000 € d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privé d'autrui. – 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privée ou confidentiel* […] »

L'article 226-2 du Code pénal dispose : « [e]*st puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1.* »

La mise en balance soumise à la juridiction ne concernait donc pas une atteinte à un intérêt particulier protégé par le Code civil, ou un contentieux relatif à la loi de 1881 sur la liberté de la presse, mais une infraction pénale prenant place dans le Code pénal au titre des « *atteintes à la personne humaine* ».

L'ordonnance de référé rendue le 1er juillet 2010 a débouté Mme Bettencourt, la vice-présidente du TGI de Paris, en appliquant à l'espèce la théorie européenne de la mise en balance des intérêts en présence : « *Il sera rappelé que le droit de toute personne au respect et à la protection de sa vie privée doit se concilier avec la liberté d'expression, proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et le cas échéant céder devant la liberté d'informer par le texte ou par l'image. Certains évènements d'actualité ou sujets d'intérêt général pouvant justifier une publication sans le consentement des personnes concernées, au motif du droit légitime du public à l'information, il est ainsi admis qu'une personne se trouvant impliquée dans un fait divers ou une affaire judiciaire ne peut, au motif du respect dû à sa vie privée, s'opposer à la publication d'informations en rapport direct avec les faits évoqués ou qui seraient susceptibles de les*

éclairer, ces informations relèveraient-elles de la sphère normalement protégée de sa vie privée ». Ce principe général posé, l'ordonnance relève que les éléments se trouvant dans les échanges verbaux enregistrés faisaient état de différentes interventions, à un niveau très élevé de l'Etat, dans une affaire judiciaire particulière en cours et « *justifient par leur importance et leur nature au regard du contexte de l'affaire qu'ils soient portés à la connaissance du public* »[2278].

La solution a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, qui dans sa décision du 23 juillet 2010 a jugé que les informations révélées portaient sur le patrimoine de Mme Bettencourt, et ne relevait pas de l'intimité de sa vie privée, tandis que ces éléments présentaient un grand intérêt à être révélés au public : « *les informations ainsi révélées qui mettent en cause la principale actionnaire de l'un des premiers groupes industriels français, et dont l'activité et les libéralités font l'objet de très nombreux commentaires publics, relèvent de la légitime information du public ; qu'il en est a fortiori de même lorsque ces informations concernent l'employeur de la femme d'un ministre de la République, alors trésorier d'un parti politique* »[2279].

Ce raisonnement peut aussi être trouvé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, par exemple dans un arrêt du 15 mai 2007, où la première chambre civile a validé, dans un cas d'espèce assez proche de celui de l'arrêt *Fressoz et Roire*[2280] la décision de ne pas sanctionner la publication d'éléments relatifs à la vie privée de principaux salariés d'une chaîne de télévision au motif du droit du public à l'information : « *dans le contexte de la polémique ainsi suscitée et relayée par les médias, participe de l'actualité économique et sociale des faits collectifs dans lesquels elle s'insère, et du droit du public à être informé sur ceux-ci* »[2281].

Cette technique de la mise en balance des intérêts en présence induit un changement radical de système juridique puisqu'elle renforce le pouvoir du juge au détriment de celui du législateur. Elle met aussi à mal le principe de solutions légales définitives s'appliquant à des catégories entières de cas, au profit d'une évaluation par la juridiction, affaire par affaire, des intérêts en présence. Il n'est pas, dès lors, inconcevable que cette évolution finisse par mettre en cause toutes les prohibitions à la diffusion d'informations posées par la loi[2282], y compris

---

[2278] TGI Paris, ordonnance de référé du 1er juillet 2010, n° RG 10/55839.
[2279] CA Paris, 23 juillet 2010, n° RG 10/13989.
[2280] Dont le contentieux portait sur un article qui révélait les augmentations de salaire du président du groupe automobile PSA.
[2281] Cass. civ. 1, 15 mai 2007, Bull . civ. 1, n° 191.
[2282] Et, pour illustrer ce propos par une décision récente, nous avons vu, relativement à l'article 35 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, ce qu'il est advenu devant le Conseil constitutionnel de la restriction de l'usage de l'exception de vérité, en matière de diffamation, pour des faits qui remontent à plus de dix années : Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011.

pour les mineurs[2283] et les victimes de viol[2284], dès lors que pourrait être invoqué un intérêt général important fondant le droit du public à être informé.

La décision de relaxe au bénéfice du directeur de la publication de Médiapart a, cependant, été cassé par la première chambre civile de la Cour de cassation qui n'a pas suivi le raisonnement des juges du premier et second degré en adoptant une lecture stricte de l'article 226-1 du Code pénal et en indiquant que ses dispositions sont exclusives d'une mise en balance des intérêts en présence au regard du droit du public à l'information : « *Attendu cependant que constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il ressort de ses propres constatations que les entretiens litigieux présentaient un tel caractère, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »[2285]. Restera, cependant, à observer quelle appréciation portera, le cas échéant, la Cour européenne des droits de l'homme sur cette solution à caractère général.

L'absence de nécessité des restrictions en cas d'intérêt général à la diffusion. A partir du moment où les tribunaux reconnaissent que l'intérêt général que peut représenter une information est susceptible d'autoriser juridiquement sa diffusion, les poursuites à l'encontre des journalistes visant à réprimer l'accès à une information que le public était en droit de connaître n'apparaît pas nécessaire dans une société démocratique. C'est, en réalité, la pesée des intérêts en présence et l'existence ou non d'une information d'intérêt général qui devrait déterminer l'ensemble de la solution. Reconnaître à la fois qu'il était légitime de diffuser une information au nom du droit du public à être informé, et poursuivre dans le même temps un journaliste pour recel de violation du secret de l'instruction n'est guère cohérent. De la même façon, dès lors qu'est reconnu le droit du public d'être informé sur une affaire présentant un intérêt général, pourquoi lui dénier le droit d'être *bien* informé ? Si l'intérêt général commande la diffusion d'une information, pourquoi réprimer la diffusion de documents relatifs à cette information ? Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 10 de la Convention protège « *le droit des journalistes de communiquer des informations sur des*

[2283] La critique de l'état actuel de la législation a été formulée, au nom de l'intérêt général, à l'occasion de l'affaire Halimi ; cette critique ayant abouti à la proposition de loi Baroin-Lang visant à permettre à la juridiction pour mineurs de rendre les débats publics en cas d'intérêt général important.

[2284] Imaginons, par exemple et sans trop faire d'efforts, une enquête relative à une plainte pour viol touchant un candidat à l'élection présidentielle.

[2285] Cass. civ. 1, 6 octobre 2011, non publié au Bulletin, req. n° 10-23606.

questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique ». La fourniture d'informations est destinée au public, pas aux juges ; et qu'y-a-t-il de plus « *fiables et précis* », concernant une affaire judiciaire que des documents tirés de la procédure ? Si l'information présente un intérêt général à être divulguée, pourquoi criminaliser les éléments susceptibles d'asseoir sa fiabilité ?

D'un point de vue procédural, le point fondamental est désormais de savoir si les juridictions doivent être mises en situation d'opérer la pesée des intérêts en présence avant ou après le moment où se pose la question de la publication. Cette interrogation, qui prend en compte l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est un élément essentiel du raisonnement qui a conduit le législateur à ouvrir à la publicité le débat devant le Juge des libertés et de la détention. Le raisonnement a été limité à une phase précise de la procédure, mais il vaut, en réalité, pour sa globalité.

Chapitre 2
La réalisation de la publicité du procès pénal par des tiers à l'institution judiciaire

Plan. Classiquement, il revenait à la loi d'organiser la mise en œuvre du compte-rendu de l'activité et des décisions judiciaires. Le législateur, ici, a clairement fait le choix de privilégier l'écrit plutôt que le recours à la photographie ou aux techniques audiovisuelles (section 1). Cependant, la prise en compte contemporaine du droit du public à être informé bouleverse les équilibres anciens. Il pose la question d'un droit d'accès à l'information judiciaire reçu comme un principe général. Il modifie les équilibres de la procédure pénale dont les dispositions ne peuvent pas rester figées dans un modèle idéal du secret, qui non seulement n'existe plus dans nombre de cas mais cède le pas, le cas échéant, au droit du public d'être informé. Désormais reconnue comme une source de droit aussi bien par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de cassation, la déontologie journalistique prend, dans ce nouvel environnement juridique, une importance tout à coup déterminante (section 2).

Section 1. La diffusion du compte-rendu d'audience prévu par la loi

Plan. Le législateur continue, en matière de compte-rendu, à privilégier l'écrit, que la loi protège (§ 1), tandis que l'utilisation des techniques audiovisuelles pendant les débats demeure prohibée par principe (§2).

§ 1. La préférence du législateur pour le compte-rendu d'audience par écrit

Plan. Le compte-rendu d'audience par écrit est protégé légalement (A), même si la loi et la jurisprudence lui fixent des limites (B).

A. La protection légale du compte-rendu d'audience par l'écrit

La loi de 1881 : le principe de la liberté. L'article 1er de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pose le principe de la liberté d'imprimer et de diffuser des informations, sans censure[2286]. Le même esprit a conduit le législateur de 1881 à dissocier huis clos et prohibition du compte-rendu d'audience dans la presse.

La dissociation du huis clos et de l'interdiction du compte-rendu. L'article 16 de la loi du 18 juillet 1828 liait la licéité du compte-rendu de presse au caractère public ou non de l'audience. N'était donc autorisé dans la presse que le compte-rendu des débats se déroulant publiquement, le prononcé du huis clos par les juridictions valant interdiction de publication. La jurisprudence avait élargi cette prohibition à tous les moyens de publication dès lors que la publicité était réalisée[2287]. L'article 17 du décret du 17 février 1852 a renforcé le contrôle, par les juridictions, du contenu des journaux relatif à l'activité judiciaire, en conférant aux cours et tribunaux le droit d'interdire le compte-rendu de tout procès civil ou pénal.
Le législateur de 1881, largement instruit par l'usage qui avait pu être fait de cette disposition pendant le Second Empire, a estimé que cette possibilité donnée aux tribunaux d'interdire les comptes rendus de presse relatifs à l'activité judiciaire était une forme de censure totalement contraire à l'esprit général de la réforme entreprise et portant gravement atteinte aux droits de la défense. Les parlementaires limitèrent la possibilité d'interdire le compte-rendu à la matière civile, estimant que n'y était pas en jeu, à la différence de la matière pénale, l'intérêt de la société. Cette disposition, toutefois, ne touchait pas la publication des décisions.

[2286] La censure est « *le droit d'examen réservé par la loi au gouvernement sur les écrits* » : Dalloz, *Répertoire*, Paris, 1847, t. VIII, p. 52.
[2287] Trib. corr. de Lyon, 24 février 1858, D.1858.III.40 : pour la diffusion d'un mémoire judiciaire par la personne poursuivie.

L'actuel article 39 de la loi de 1881, issu de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 dispose : « *Il est* […] *interdit de rendre compte des débats et de publier des pièces de procédure concernant les questions de filiation, actions à des fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement. Cette interdiction ne s'applique pas au dispositif des décisions, qui peut toujours être publié* ». Cette interdiction est indifférente au caractère public ou non de l'audience de la juridiction, et illustre le fait que la loi, depuis 1881, opère une dissociation entre la décision de huis clos et l'interdiction de publication. Il peut être interdit de publier des éléments qui ont été livrés à l'audience publique, tandis que le compte-rendu de débats s'étant déroulés sous le régime du huis clos n'est pas répréhensible *per se*. Le caractère public ou non de l'audience entraîne cependant des conséquences au sujet de l'immunité dont bénéficie l'auteur d'un compte-rendu fidèle et de bonne foi de débats judiciaires.

L'immunité judiciaire avant la loi de 1881. Le principe de l'immunité judiciaire n'a pas attendu 1881 pour exister. Elle est d'abord la conséquence des droits de la défense. C'est à ce titre que la diffusion des monitoires était déjà autorisée sous l'empire de l'ordonnance criminelle de 1670. Cet esprit peut être retrouvé dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 octobre 1825, à qui était soumise l'affaire d'un mémoire en défense diffusé sans respecter les obligations imposées par la loi sur la police de la presse du 21 octobre 1814. La Cour de cassation rappela : « *Que si ces dispositions n'ont pas été appliquées dans la pratique aux mémoires sur procès* […] *à cause de la juste faveur qui est due au droit sacré de la légitime défense* […] *c'est en un mot par les mêmes motifs qui avaient fait exempter de la censure préalable, lorsqu'elle existait, les écrits judiciaires signés des avocats et des avoués près les Cours et tribunaux* »[2288]. Le droit de se défendre emporte celui de s'exprimer librement : « *l'accusé et son conseil ont le droit de dire tout ce qui peut être utile pour la défense dudit accusé* […] *pourvu que le conseil ne dise rien contre sa conscience ou contre le respect dû aux lois, et qu'il s'exprime avec décence et modération ; et encore (pour le maintien de l'ordre dans le débat confié au président de la Cour d'assises) pourvu que l'accusé et son conseil ne se livrent pas à des divagations étrangères aux questions du procès* »[2289].

L'article 23 de la loi du 17 mai 1819, qui inspira directement le législateur de 1881, disposait : « *Ne donneront lieu à aucune action en diffamation ou injure, les discours prononcés ou les*

[2288] Cass. crim., 21 octobre 1825, Bull. crim. 1825, n° 212.
[2289] Cass. crim., 20 juillet 1826, Bull. crim. 1826, n° 141.

écrits produits devant les tribunaux ; pourront néanmoins les juges saisis de la cause, en statuant sur le fond, prononcer la suppression des écrits injurieux ou diffamatoire, et condamner qui il appartiendra en des dommages-intérêts […] *Pourront, toutefois, les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsqu'elle leur aura été réservée par les tribunaux, et dans tous les cas, à l'action civile des tiers* ».

Une immunité limitée à l'audience, pour les propos et écrits non étrangers à la cause. Sur le fondement de ce texte, la jurisprudence a limité le principe de cette immunité aux discours prononcés pendant l'audience, en présence de la juridiction[2290]. Les propos étrangers à la cause n'entraient pas, non plus, dans le domaine de la protection posée par la loi de 1819[2291] ; pas plus qu'une attitude inconvenante d'un témoin à l'encontre du président d'une juridiction qui pouvait être qualifié de délit d'audience[2292]. Le président, cependant, devait « *faire constater par le greffier les paroles proférées ou ordonner la saisie de l'écrit qui les contient* »[2293]. Faute d'une telle réserve, cette conduite ne pouvait plus motiver ensuite une condamnation[2294].

Le premier projet de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, toutefois, ne prévoyait pas de reprendre ces dispositions et cette jurisprudence.

L'immunité judiciaire ajoutée lors des débats parlementaires dans la loi de 1881. Le principe de l'immunité parlementaire, pour les opinions et les votes émis par les membres des deux Chambres, avait été posé à l'article 13 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875. Cependant, ce texte ne concernait pas la diffusion hors de l'enceinte parlementaire de ces propos puisque la loi de 1875 avait abrogé l'article 22 de la loi du 17 mai 1819 qui fondait cette protection. Gambetta fit remarquer que « *les membres des deux Chambres pourraient être actionnés pour les discours ou les rapports qu'ils auraient faits dans l'une ou l'autre Chambre* »[2295]. Le texte fut modifié par un amendement de Ribot qui proposa de réintroduire

[2290] Cass. crim., 19 novembre 1829, *Journal du droit criminel*, 1830, p. 13.- CA Grenoble, 9 mai 1834, D.1834.II.207
[2291] Cass. crim., 27 février 1832, Bull. crim. 1832, n° 79.- Cass. crim., 30 avril 1842, Bull. crim. 1842, n° 107.
[2292] Cass. crim., 27 juin 1850, Bull. crim. 1850, n° 204.
[2293] Même arrêt.
[2294] Cass. crim., 16 mai 1850, Bull. crim. 1850, n° 160. .- Dans le même sens, lorsque la cour d'assises n'a ni réprimé ni réserver l'action, il y a présomption que l'accusé n'est pas sorti des bornes d'une défense légitime : Cass. crim., 23 août 1838, Bull. crim. 1838, n° 287.
[2295] DUTRUC Gustave, *Explication pratique de la loi de 1881 sur la presse, d'après les travaux parlementaires et la jurisprudence*, Paris, Bureaux du Journal Le Ministère Public, 1882, p. 158

dans la loi de 1881 les prévisions de la loi de 1819. Ces dispositions figurent dans l'actuel article 41 de la loi de 1881. Les travaux parlementaires ont, relativement au compte-rendu, supprimé le mot « *fidèle* » et l'ont remplacé par le terme « *fait de bonne foi* », afin de ne pas entraver la rapidité de l'information.

Ce raisonnement ne fut pas retenu pour le compte-rendu des « *débats judiciaires* » et « *les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux* ». Le projet proposé par le gouvernement supprimait l'immunité prévue dans la loi de 1822, sans la remplacer par une nouvelle. La commission chargée d'élaborer le texte avait choisi de renvoyer le journaliste au droit commun de la diffamation et de l'injure, et envisageait même le recours à l'article 1382 du Code civil pour poursuivre l'auteur d'un compte-rendu judiciaire. L'immunité judiciaire avait pourtant ses défenseurs avant 1881. Ainsi, peut-on lire dans un arrêt de la Cour de Rennes en 1879 : « *Considérant que sans doute cette immunité peut exposer les citoyens aux atteintes des plus scandaleuses diffamations, mais qu'en l'établissant, la loi a fait taire l'intérêt privé pour n'écouter qu'un intérêt supérieur, celui de la manifestation de la vérité devant toutes les juridictions* »[2296].

Le député Batbie soutint que sans une immunité du même type que l'immunité parlementaire, le compte-rendu judiciaire dans les journaux serait tout simplement impossible à réaliser. Le ministre de la Justice s'opposa à cette idée, en estimant qu'il ne pouvait pas y avoir d'assimilation entre la protection à apporter à la diffusion des débats parlementaires, et celle des comptes rendus de procès paraissant dans les journaux. Après un renvoi au Sénat et un passage en commission, les parlementaires ajoutèrent, comme bénéficiaires de l'immunité : *« les comptes rendus fidèles faits de bonne foi des débats judiciaires* ».

Une immunité contre les poursuites pour diffamation, injure ou outrage. L'immunité de l'article 41 profite d'abord aux parties elles mêmes : ne peuvent pas être réprimés des propos diffamatoires tenus dans des lettres produites au cours des débats pour les besoins d'une cause[2297]. La protection s'étend aux comptes rendus des audiences réalisés par des tiers.

L'article 41 de la loi de 1881 a ajouté à la loi de 1819 puisqu'elle a prévu le principe de l'immunité non seulement pour l'injure et la diffamation, mais aussi pour l'outrage. Un arrêt du 6 juin 1902 a précisé que ce terme « *outrage* » s'entendait au sens large, c'est-à-dire selon toute qualification d'outrage se trouvant dans les textes législatifs, et pas seulement pour le

[2296] Cour de Rennes, 22 janvier 1879, S. 1881.II.153
[2297] Cass. civ. 1, 9 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-13570.

terme « *outrage* » tel que défini par la loi de 1881 sur la liberté de la presse[2298]. La solution a été confirmée en 1975[2299].

Différence entre immunité parlementaire et judiciaire. Le champ de la protection n'est pas le même entre immunité parlementaire et judiciaire. Dans le premier cas, la protection contre les poursuites judiciaires est totale puisque « [n]*e donneront lieu à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat, ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées* », dans le second, la protection est limitée aux actions « *en diffamation, injure ou outrage* ».

Une immunité pour les audiences du juge du fond et de l'instruction. L'immunité de l'article 41 de la loi de 1881 est toujours liée aux droits de la défense, comme en témoigne cet arrêt de 2005 : « *Attendu que l'immunité instituée par ce texte, destinée à garantir le libre exercice du droit d'agir ou de se défendre en justice, est applicable aux écrits produits et aux propos tenus devant toute juridiction ; que cette règle ne reçoit exception que dans les cas où les écrits outrageants sont étrangers à la cause* »[2300]. Les droits de la défense doivent s'exercer partout. L'immunité de l'article 41 s'applique donc aux débats des « *juridictions d'instruction comme de jugement* »[2301].

B. L'encadrement légal du compte-rendu d'audience

Une définition jurisprudentielle du compte-rendu judiciaire. Dès lors que le compte-rendu judiciaire est protégé par la loi, il convient de le définir. C'est à la personne se défendant par l'invocation de l'article 41 de la loi de 1881 de prouver que la publication disputée est un compte-rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires[2302]. L'immunité judiciaire est cependant d'ordre public[2303], et il appartient aux juridictions de la soulever d'office[2304].

[2298] Cass. crim., 6 juin 1902, Bull. crim. 1902, n° 211.
[2299] Cass. crim., 13 février 1975, non publié au Bulletin, pourvoi n° 74-91435.
[2300] Cass. crim., 11 octobre 2005, Bull. crim. 2005, n° 255.
[2301] Cass. civ. 1, 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 283.
[2302] « *Qu'en lui imposant, comme condition de l'immunité qu'il invoque, l'obligation de faire la preuve qu'il s'agissait d'un compte rendu fidèle, l'arrêt attaqué n'a donc aucunement violé la disposition de la loi indiquée par le pourvoi* » : Cass. crim., 16 août 1884, Bull. crim. 1884, n° 269.- Même solution : Cass. crim., 5 février 1985, Bull. crim. 1985, n° 62.
[2303] Cass. crim., 23 juillet 1984, Bull. crim. 1984, n° 265.
[2304] Cass. crim., 9 octobre 1978, Bull. crim. 1978, n° 262.- Cass. crim., 4 février 1980, Bull. crim. 1980, n° 44.

L'appréciation appartient au juge du fond, mais elle fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation[2305]. La jurisprudence livre quelques indications détaillées à ce sujet.

En 1897, la Cour de cassation a jugé : « *l'écrit incriminé* […] *contient l'énonciation des causes de la citation, les explications données par le prévenu pour sa défense, le sens des témoignages entendus, les observations faites à l'audience par le président, les noms des avocats qui ont plaidé et le dispositif du jugement ;* […] *il a donc le caractère de compte-rendu d'un débat judiciaire* »[2306].

En 1904, la même juridiction a ajouté : « *l'immunité n'existe* […] *qu'autant que cette publication a le caractère d'un compte-rendu fidèle et a, par conséquent, pour résultat de mettre en présence les prétentions contraires qui constituent l'ensemble d'un débat ; que, sans doute, il n'est pas nécessaire, pour qu'elle soit impunie, que la reproduction des débats soit intégrale ; qu'elle peut n'être que partielle ; mais qu'elle cesse d'être complète et, par suite fidèle, lorsqu'elle vise uniquement des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une partie* »[2307].

Le compte-rendu doit reproduire les prétentions contraires, attaques et défense, sinon intégrale, du moins suffisante pour apprécier l'ensemble du débat[2308]. Le compte-rendu peut être succinct, il peut ne pas rapporter les plaidoiries[2309], mais il doit être équilibré. Ne l'est pas un article rapportant l'attaque, mais pas la défense, ou citant l'enquête sans évoquer la contre-enquête[2310]. Seuls les écrits produits à l'audience bénéficient de l'immunité, et non une brochure en défense diffusée à l'extérieur du prétoire[2311]. N'est pas un compte-rendu une énumération d'actes judiciaires sans reproduction des débats survenus à l'audience[2312].

Un « *compte-rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires* » doit mettre « *en regard les unes des autres les prétentions contraires des parties* » et permettre « *d'apprécier l'ensemble du débat* »[2313]

Le compte-rendu doit avoir l'audience pour objet. Le compte-rendu doit avoir pour objet l'audience. Ce qui implique que n'est pas un compte-rendu d'audience, l'évocation, de

---

[2305] Cass. crim., 2 mai 1901, Bull. crim. 1901, n° 138. – Cass. crim., 23 juillet 1984, Bull. crim. 1984, n° 265 : « *la cour de cassation exerce le contrôle du caractère des écrits ou propos litigieux* ».
[2306] Cass. crim., 7 avril 1897, Bull. crim. 1897, n° 125.
[2307] Cass. crim., 30 décembre 1904, Bull. crim. 1904, n° 559.
[2308] Cass. crim., 9 février 1906, Bull. crim. 1906, n° 112.
[2309] Cass. crim., 7 avril 1897, préc.
[2310] Cass. crim., 2 mai 1901, Bull. crim. 1901, n° 138.
[2311] Cass. crim., 2 mai 1901, Bull. crim. 1901, n° 138.
[2312] Cass. crim., 30 décembre 1904, Bull. crim. 1904, n° 559.
[2313] Cass. crim., 16 janvier 1978, Bull. crim. 1978, n° 18.

manière incidente, de propos ou de documents produits à l'occasion d'une audience pénale dans le cadre d'un article portant sur un autre sujet que l'audience elle-même. Dans le même esprit une jurisprudence plus récente ajoute que, dès lors que le compte-rendu a pour objet l'audience, sa publication doit intervenir rapidement après celle-ci, tant que l'audience, en quelque sorte, demeure dans le champ de l'actualité[2314]. Dès lors, il a pu être jugé qu'un article rapportant la plaidoirie d'un avocat, un mois après celle-ci et une semaine après le prononcé de la décision, n'entrait pas dans les prévisions de la loi : « *Attendu que, pour déclarer* [la prévenue] *coupable du délit de complicité de diffamation publique envers un fonctionnaire public et écarter les conclusions de la prévenue qui invoquait l'immunité instituée par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 en faisant valoir que les propos lui étant imputés n'étaient que la reproduction, par la presse, de l'une de ses plaidoiries, la cour d'appel énumère et analyse les éléments dont elle déduit que l'article incriminé, publié presque un mois après les débats judiciaires et plus d'une semaine après le prononcé du jugement, n'est pas un compte-rendu d'audience au sens dudit article* ». Les propos rapportés peuvent être ceux de n'importe quel intervenant, à condition que l'expression soit relatif à la cause[2315], ait eu pour cadre le débat judiciaire, à l'audience publique et sous le contrôle du président de la juridiction[2316]. Ne constitue pas un compte-rendu « *fidèle et objectif* » et ne peut pas bénéficier des prévisions de l'article 41 de la loi sur la liberté de la presse, un compte-rendu reprenant des propos tenus par un avocat hors de la salle d'audience[2317].

Le régime des réserves. Toute personne faisant un compte-rendu judiciaire doit être attentive à la nature de la mise en cause, pendant les débats, d'un tiers à l'instance. Une injure, une insulte ou un outrage peut être poursuivi si les propos sont étrangers à la cause[2318]. Si les infractions visent une personne qui figure au procès, une réserve de la juridiction est nécessaire pour pouvoir engager des poursuites ultérieurement [2319], laquelle réserve n'échappera pas au chroniqueur judiciaire et attirera son attention sur les propos disputés. En revanche, cette réserve n'est pas imposée par la loi dans le cas de tiers à l'affaire. Dès lors, un

[2314] Cet ajout au raisonnement classique est à l'évidence emprunté à la jurisprudence civile relative au droit à l'image, pour laquelle la prise en compte du caractère d'évènement d'actualité qui peut l'emporter sur une absence de consentement à la diffusion d'une photographie s'estompe avec l'écoulement du temps.
[2315] Cass. crim., 15 décembre 1854, Bull. crim. 1854, n° 345 : « *L'immunité* […] *qui interdit toute action en diffamation pour les discours prononcés ou les mémoires produits devant les tribunaux, s'applique aux personnes et aux faits que les juges déclarent ne pas être étrangers à l'instance* ».
[2316] Cass. crim., 27 février 2001, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-82557.
[2317] Cass. crim., 6 mai 2003, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-82037.
[2318] Cass. civ. 2, 8 avril 2004, Bull. civ. 2 2004, n° 183.
[2319] Cass. crim., 21 novembre 1995, non publié au Bulletin, pourvoi n° 93-83775.

propos constituant une infraction est susceptible de passer dans les débats, sans provoquer aucune réaction, ni réserve formelle. L'action sera cependant possible à l'encontre de ces atteintes. Dans un arrêt de 1883, la Cour de cassation a jugé que les intérêts d'un tiers devaient être réservé dans tous les cas[2320]. La solution a encore été confirmée en 1998[2321].

Une immunité s'appliquant à d'autres formes de comptes-rendus que l'écrit. Si la référence au compte-rendu judiciaire de la loi de 1881 a été pensée pour l'écrit, il s'applique à d'autres formes que ce soit pour la radio, et même pour la télévision à condition d'être indirect. Il convient que le journaliste rapportant les débats, narre ce qui s'est passé à l'audience, avec les mêmes contingences et le même équilibre que ceux imposés à la forme écrite du compte-rendu judiciaire. Ne serait pas un compte-rendu bénéficiant des effets de l'article 41 de la loi de 1881, le fait de faire recommencer, devant une caméra ou un micro, hors la salle d'audience, la plaidoirie d'un avocat ou la déclaration d'un témoin.
Il appartient, de toute façon, au juge du fond de décider si la publication disputée présente, ou non, le caractère d'un compte-rendu.

Fidèle. L'obligation de fidélité du compte-rendu judiciaire ne commande pas de prouver « *la réalité des faits imputés, mais d'établir qu'ils ont été fidèlement empruntés au débat judiciaire* »[2322].

Atteinte à la vie privée par le compte-rendu judiciaire. L'article 41 de la loi de 1881 ne prévoit pas d'immunité pour ce qui concerne l'atteinte à la vie privée que pourrait constituer un compte-rendu judiciaire paraissant dans la presse. La Cour de cassation a cependant jugé qu'un compte-rendu, fidèle, fait de bonne foi et se rapportant à la cause, présentait un caractère licite au regard des exigences induites par le respect de la vie privée : « *les faits touchant à la vie privée* [de la requérante] *avaient été livrés, en leur temps, à la connaissance de public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale ; qu'ainsi ils avaient été licitement révélés et, partant, échappaient à sa vie privée* »[2323].
Dans ce raisonnement, le caractère « *licite* » du compte-rendu au regard des exigences de l'article 41 de la loi de 1881 entraine la licéité au regard de celles de l'article 9 du Code civil.

[2320] Cass. crim., 13 décembre 1883, Bull. Crim. 1883, n° 281.- Même solution : Cass. crim., 17 janvier 1900, *S*.1902.I.475.
[2321] Cass. civ. 2, 29 avril 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-17995.
[2322] Cass. crim., 16 août 1884, Bull. crim. 1884, n° 269.
[2323] Cass. crim., 20 novembre 1990, Bull. crim. 1990, n° 181.- Dans le même sens : CA Aix-en-Provence, 24 octobre 2006, *Légipresse*, 2007, n° 238, I, p. 16.- TGI Paris, 5 octobre 2006, *Légipresse*, 2006, n° 237, I, p. 180.

L'ineffectivité de l'invocation d'un « *droit à l'oubli* ». La théorie juridique prônant l'existence d'un « *droit à l'oubli* » n'a jamais été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation[2324].

Cette dernière a jugé qu'une nouvelle divulgation d'éléments rendus publics à l'occasion d'un procès pénal était licite, à la condition que la première divulgation l'ait été. La personne concernée ne peut donc pas se prévaloir d'un « *droit à l'oubli* » pour empêcher que ces éléments soient ultérieurement divulgués[2325]. La Cour de cassation a également jugé que l'évocation d'éléments relatifs à la vie privée de personnes toujours vivantes, bien des années après la fin d'une affaire criminelle était licite, dès lors qu' « *objet de débats dans l'opinion publique,* [elle] *avait été présentée sans contrevérité ni intention de nuire à la victime ou à ses proches dans leur honneur, pudeur ou affection, et que le dossier judiciaire considéré, appartenant désormais à l'histoire des grandes affaires criminelles, n'était plus seulement réductible à la vie privée des consorts Z... ; qu'il a ainsi fait ressortir que l'article contesté relevait de la liberté de communiquer des informations* […] ; *que la décision, en ce qu'elle écarte l'atteinte* […] *à la vie privée, est ainsi légalement justifiée* »[2326].

En revanche, est fautive la divulgation postérieure de faits relatifs à la vie privée n'ayant pas été révélés lors de l'audience[2327] ; la divulgation d'éléments actuels de la vie privée dans l'évocation d'une affaire ancienne[2328] ou la divulgation, sans son accord, de l'image actuelle de la personne en cause[2329].

Cette position jurisprudentielle est en rupture avec une conception plus ancienne des tribunaux français qui jugeaient, par exemple, que le fait qu'une personne ait donné son consentement à la divulgation d'éléments relatifs à sa vie privée n'autorisait pas nécessairement une nouvelle divulgation sans son autorisation. Cette position a été résumé à l'occasion de l'arrêt Gunther Sachs en 1971 : « *que sa tolérance et même sa complaisance passée à l'égard de la presse ne sauraient faire présumer qu'il ait permis définitivement et sans restriction à tout périodique de rassembler et de reproduire des affirmations parues*

[2324] ROUSSINEAU Thomas, « La protection de la vie privée et de l'image des personnes », in BEIGNIER Bernard, DE LAMY Bertrand, DREYER Emmanuel (sous la dir.), in *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009, p. 935.
[2325] Même arrêt.
[2326] Cass. civ. 1, 13 novembre 2003, Bull. civ. I 2003, n° 183.
[2327] CA Paris, 18 décembre 2008, *Légipresse* 2008, n° 161, III, p. 83, note Tricoire.
[2328] TGI Paris, 13 octobre 1981, *Dalloz*, 1983, note Lindon.
[2329] TGI Nanterre, 28 octobre 2002, *Légipresse*, 2003, n° 199, I, p. 23.

dans d'autres journaux »[2330]. Par analogie, il aurait pu être soutenu dans le cadre d'un contentieux fondé sur l'article 9 du Code civil, que la divulgation initiale d'éléments relatifs à la vie privée pour un article de chronique judiciaire s'inscrivant dans l'actualité du moment, ne présentait plus les mêmes caractéristiques après écoulement du temps, les droits de la personnalité l'emportant alors sur d'autres considérations[2331]. La Cour de cassation a écarté ce raisonnement pour la divulgation d'informations. La Cour européenne des droits de l'homme aussi. Dans un arrêt de 2009, cette dernière a, en effet, jugé que « *les informations, une fois portées à la connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles* […] *les révélations* […], *une fois rendues publiques, affaiblissent le degré de protection à laquelle* [la personne concernée] *pouvait prétendre au titre de sa vie privée, s'agissant de faits notoires et d'actualité* »[2332].

Dans un arrêt du 3 juin 2004, la Cour de cassation a déclaré que « *la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée* »[2333]. En l'espèce, les faits publics en question étaient constitués d'éléments relatifs à un fait divers relatés par la presse plusieurs années auparavant.

De la même manière, la Cour de cassation a écarté l'argument d'un « *droit à l'oubli* » pour valider l'enregistrement audiovisuel, contre la volonté de la personne poursuivie, d'une audience pénale sur le fondement de l'article L 221-3 du Code du patrimoine[2334].

Le « *droit à l'oubli* », par ailleurs ne peut pas être opposé à la production en justice de documents, puisque « *le ministère public, comme toute partie au procès pénal, est fondé à produire aux débats tous documents qui paraissent utiles à la manifestation de la vérité dans la mesure où ils se rapportent aux faits imputés aux accusés et à l'éclairage de leur personnalité* »[2335].

L'interdiction de révéler certaines informations. Le fait qu'une audience soit publique n'emporte pas que tout ce qui y est dit puisse être rapporté dans le cadre d'un compte-rendu d'audience.

[2330] Cass. civ. 2ème, 6 janvier 1971, Bull. civ. II 1971, n° 6.- Nous noterons, cependant, que la « *complaisance* », qui peut se caractériser par l'absence de réaction voire le fait de poser devant les photographes, n'est pas la divulgation volontaire, qui peut prendre, par exemple, l'aspect de la publication d'une autobiographie.

[2331] Nous retrouverons le raisonnement pour le droit à l'image des personnes impliquées dans un évènement d'actualité judiciaire.

[2332] Cour EDH, 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi associés (Ici Paris) c. France* [Cinquième section], Req. n° 12268/03, § 52.

[2333] Cass. civ. 2ème, 3 juin 2004, Bull. civ. II, n° 272.

[2334] Cass. crim., 17 février 2009, Bull. crim. 2009, n° 40.

[2335] Cass. crim., 11 février 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 97-82425.

Ainsi l'article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945 interdit d'identifier un mineur délinquant. Cette prohibition vaut même si cette identité a été révélée à l'occasion d'une audience pénale publique.

De la même manière, l'interdiction de diffuser, de quelque manière que ce soit, des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification d'un mineur fugueur, délaissé, s'étant suicidé ou victime d'une infraction, posée par l'article 39 bis de la loi de 1881, vaut également pour le compte-rendu d'une audience publique. Cette interdiction entraînera d'ailleurs, parfois, l'obligation d'occulter certains éléments pourtant livrés au débat public, afin de ne pas permettre la reconnaissance d'un mineur protégé. Il en sera par exemple ainsi de l'identité de la personne condamnée pour inceste, dès lors que révéler l'identité du parent reviendrait à permette l'identification de l'enfant.

Tout compte-rendu permettant d'identifier une victime « *d'une agression ou d'une atteinte sexuelles ou l'image de cette victime lorsqu'elle est identifiable* » est pareillement interdite sur le fondement de l'article 39 *quinquies* de la loi de 1881, sauf le cas d'un accord qui devra obligatoirement être donné par écrit.

Précisons encore que l'obligation d'anonymat au sujet de certains militaires ou fonctionnaires, posée par l'article 39 *sexies* de la loi de 1881, s'applique également au compte-rendu d'une audience pénale, même si ces identités ont été livrées à l'occasion des débats.

La révélation, dans ces circonstances, moins de trente ans avant la mort de l'adopté, d'une information relative à la filiation d'origine d'une personne faisant l'objet d'une adoption plénière encourrait, par ailleurs, les sanctions prévues à l'article 39 *quater* de la loi de 1881.

La vie privée est également protégée par l'article 39 de la loi de 1881, qui interdit de rendre compte « *des débats et de publier de pièces de procédures concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement* ».

La loi, de plus, interdit de publier « *les actes d'accusation et tous les autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique et ce, sous peine d'une amende de 3.750 euros* »[2336].

Il est, de même, interdit de rendre compte des « *procès en diffamation* » dans les cas où il n'est pas admis de se défendre sur le fondement de l'exception de vérité[2337].

[2336] Art. 38 de la loi de 1881 relative à la liberté de la presse.
[2337] Art. 39.

§ 2. Les fortes réticences du législateur à l'encontre du compte-rendu par l'image ou le son

Plan. Le législateur a fait le choix, au début des années cinquante du siècle dernier, de prohiber l'utilisation des techniques audiovisuelles pour le compte-rendu d'audience en France, ne cachant pas ses craintes face à de tels moyens (A). Aujourd'hui, cependant, la nécessité d'utiliser l'audiovisuel pour informer et éduquer le public au sujet du fonctionnement de l'institution judiciaire n'est guère contestée dans un monde gouverné par l'image. Toutefois, la loi n'évolue pas et c'est donc bien souvent dans l'illégalité la plus totale que les autorisations de filmer des procès interviennent (B).

A. La crainte du législateur envers l'image et le son

L'évolution des conditions techniques de la captation audiovisuelle. S'il est un domaine qui a été bouleversé depuis que le législateur a posé le principe de la prohibition de la captation sonore ou audiovisuelle des débats des juridictions pénales, c'est bien celui de l'évolution technologique de ce matériel. Lors des procès Dominici ou Besnard, la prise de vue photographique commandait un apport de lumière que réalisaient des flashs violents qui perturbaient l'audience et ses acteurs. « [E]*n 1953, à l'occasion du procès Dominici, il y a eu tant de photographes et d'éclairs de magnésium que le président, qui avait les yeux sensibles, s'en est plaint* » rapporte M. Badinter[2338]. Le matériel était lourd, encombrant. Son fonctionnement était bruyant. L'enregistrement audiovisuel nécessitait de nombreuses manipulations, à commencer par des changements de bobines, et la présence continue d'un opérateur.

Nuremberg : un procès en images. Les photos qui nous sont parvenues de la salle d'audience du tribunal militaire international de Nuremberg nous montrent des photographes et des cameramen placés, un peu à l'écart, dans le prolongement de la table derrière laquelle avait pris place les juges. La manière dont ce procès a été filmé relevait encore, techniquement, de l'improvisation.

[2338] BADINTER Robert, « Justice, image, mémoire », *Questions de communication*, n° 1, 2002, p. 97.

Les Soviétiques ont filmé, tout au long de leur avancée en Europe centrale, l'action de leur justice militaire. Un film soviétique de 1945 intitulé « *Atrocités allemandes commises à Kharkov* » représente cependant ce que les Américains ne voulaient pas faire. On y voit des sentences être applaudies par le public avant que ne s'enchaînent les images des exécutions publiques, toujours sous les vivats, des condamnés.

L'administration américaine voulait, pour sa part, montrer une œuvre de justice, et non de vengeance, ce qui impliquait que le *due process of law*, devait être montré par l'image. La mission de filmer le procès fut confiée à l'OSS, l'ancêtre de la CIA. Dans l'esprit des Américains, ce film s'adressait d'abord au peuple allemand, mais son message était universel[2339]. Le procès de Nuremberg fut filmé par des opérateurs américains avec du matériel sur trépied afin de réaliser un film commun aux quatre forces d'occupations de l'Allemagne, mais les Soviétiques s'ajoutèrent au dispositif et captèrent leurs propres images de l'ensemble du procès en utilisant… une caméra portée à l'épaule[2340]. Finalement, face aux tergiversations des autorités américaines sur la manière de monter les images du procès de Nuremberg, les Soviétiques sortirent leur film en premier, intitulé « *Nuremberg. Le procès* », dans lequel ils se donnaient le meilleur rôle.

Le procès Eichmann : le début d'une nouvelle ère. Le procès d'Adolf Eichmann, en 1946 à Jérusalem, est un sujet particulièrement riche pour notre étude : la manière dont sa représentation a été pensée et mise en œuvre, représente sans doute le mètre-étalon de toute réflexion relative à la mise en images d'une audience judiciaire.

Ces audiences présentent la particularité d'avoir été, non seulement filmées et diffusées internationalement, principalement aux Etats-Unis, à la télévision[2341], mais d'avoir été pensées pour une diffusion télévisée[2342], ou au moins pour les actualités cinématographiques. Le gouvernement israélien a signé, pour cela, un contrat d'exclusivité[2343] avec la société

[2339] ZUCKMAYER Carl, Notes to the subject : Nuernburg trial pictures, to Pare Lorentz, Civil Affairs Division, 27 septembre 1948, NARA, RG 153, E 135, B 95. Cité in DELAGE Christian, *La Vérité par l'image*, Paris, Denoël, 2006, p. 191.

[2340] DELAGE Christian, *La Vérité par l'image*, Paris, Denoël, 2006, p. 191.

[2341] Pour une analyse détaillée : DELAGE Christian, *La Vérité par l'image*, op. cit., pp. 235-245.

[2342] Au sujet de la volonté de Ben Gourion de donner à voir ce procès à la jeunesse israélienne et au monde : « *The Eichmann Case as seen by Ben Gourion* », *New York Times Magazine*, 18 décembre 1960.

[2343] Ce contrat d'exclusivité fit polémique. Capital Cities était une petite société et la question de la gestion des droits pour la reprise des images par les grands *networks* américains se posa rapidement. Capital Cities estimait le coût du tournage à un million de dollars et voulait le faire financer en grande partie par les chaînes de télévision destinataires des enregistrements audiovisuels. Une négociation tendue dut être engagée pour déterminer les conditions financières avec lesquelles les chaînes de télévision américaines et étrangères purent être destinataires des cassettes du procès : SHEPARD Richard, *US TV Networks Irked at Coverage of Eichmann Trial*, New York Times, 2 février 1961.

américaine *Capital Cities Broadcasting Corporation* dont les arguments techniques paraissent avoir été déterminants pour emporter le marché[2344]. Ce procès, inaugura une nouvelle ère concernant la mise en image des audiences judiciaires. L'emploi de nouveaux modèles de caméras électroniques[2345] permit de rendre discrète la captation des images qui étaient centralisées dans une régie. Les appareils de prise de vue, dissimulés derrière des ouvertures[2346], n'étaient pas visibles depuis la salle d'audience[2347], pas plus que les opérateurs qui les faisaient fonctionner. Le matériel était silencieux et l'enregistrement se faisait sans apport supplémentaire de lumière. Après une inspection du matériel, des aménagements de la salle et une explication de la mise en œuvre technique de la captation audiovisuelle, Moshe Landau, le président de la Cour, déclara : « [E]*n ce qui concerne le risque de dérangement durant les audiences, nous sommes absolument satisfaits de savoir qu'il n'y en aura aucun.* »[2348]

Quatre caméras balayaient la totalité de la salle, et captaient à tout moment les différents acteurs du procès et même le public. En régie, le réalisateur américain Léo Hurwitz choisissait les plans selon la même méthodologie qu'une émission de télévision en direct. Ce que chaque caméra filmait n'était donc pas enregistré. L'enregistrement ne concernait que le plan de la caméra que le réalisateur choisissait en régie pour chaque moment du procès[2349]. Ces images, sélectionnées en direct[2350], ne furent pas pour autant diffusés en direct à la télévision, non pas des suites d'une volonté politique mais parce qu'Israël ne disposait pas encore, à l'époque, de la télévision. En revanche, les 750 places de la salle d'audience, aménagée dans la salle de spectacle de la Maison du Peuple de Jérusalem, ne suffisant pas, une deuxième salle de 600 places fut ouverte au public à proximité, dans le couvent français de Ratisbonne, où les images sélectionnées en régie étaient projetées en direct sur un écran géant. Par ailleurs, après chaque audience, des extraits audiovisuels des débats de la journée étaient distribués aux

---

[2344] DELAGE Christian, La Vérité par l'image, *op. cit*., p. 236.
[2345] Il s'agissait de caméras Marconi, produites en Angleterre.
[2346] Qui ne se distinguaient pas des bouches de ventilation de la salle.
[2347] La salle de *Beit Haam* était alors récente. Pensée comme une salle de spectacles, elle avait été conçue pour pouvoir accueillir, le plus discrètement possible, des caméras.
[2348] « *Le procès d'Adolf Eichmann. Enregistrement des débats. Décision* », 10 mars 1961, Moshe Landau (président), Benjamin Halevi (juge) et Yitzhak Raveh (juge). Décision citée et traduite in DELAGE Christian, La Vérité par l'image, op. cit., p. 238. La loi israélienne laissait la possibilité de laisser enregistrer les débats au tribunal chargé de l'affaire. Cette possibilité avait été sollicitée par une requête du procureur général que la juridiction accueillie donc favorablement après avoir examiné la manière dont le matériel était installé et fonctionnait.
[2349] Au total, le procès Eichmann représente 370 heures d'enregistrement audiovisuel. Ce matériel, archivé à Jérusalem, a longtemps été délaissé.
[2350] Le terme technique pour désigner cette opération est le « *switch* », qui signifie à la fois en américain « *couper* », au sens de couper le courant ou la communication, « *aiguiller* », pour un train ou, dans un sens plus populaire, « *échanger* » des places.

médias internationaux selon les accords passés entre eux et l'opérateur choisi par le gouvernement israélien.

Le choix des images : une forme narrative. Leo Hurwiz [2351] était un très grand professionnel de l'image. Enfermé pendant huit mois dans sa régie de contrôle, il comprit rapidement le sens particulier du langage visuel adapté à l'audience pénale. Nous pouvons observer qu'il utilisait les vues larges et surplombantes pour l'évocation des descriptions générales et la remise en perspective historique. En revanche, il cadrait serré pour les témoignages individuels, et isolait le sujet à l'écran pour l'évocation de souvenirs intimes.

Dès lors, ce qu'il montrait, à travers ses choix d'angle et la manière dont il mélangeait les apports des différentes caméras, était différent de ce que le public présent à l'audience percevait. Un acteur du procès, qui paraissait impassible depuis la salle, laissait paraître autre chose dès lors qu'il était filmé en gros plan et que la caméra fouillait la plus petite expression de son visage. Par ailleurs, la multivision que procurait la multiplicité des caméras permettait de ne pas manquer une attitude, une réaction, qui serait, sinon, passée inaperçue parce que l'attention était focalisée à un autre endroit de la salle d'audience à ce moment là[2352].

La mise en image ici constatée doit être rapprochée de ce que la mise en page est pour la presse écrite : déjà un choix éditorial.

Hurwitz tenta autant qu'il le pouvait de s'effacer devant son sujet. Le procès Eichmann demeure cependant un exemple des conséquences, à l'image, des choix faits par la personne chargée de la captation audiovisuelle. Le film d'actualités présentant le procès qu'Universal a diffusé dans les salles de cinéma[2353] est un excellent exemple de ce que peut être le langage de l'image appliqué au procès pénal. On y voit Adolphe Eichmann, encadré par deux policiers, prendre place dans une cage en verre. La caméra se trouve au dessus de lui[2354]. L'accusé paraît d'autant plus rapetissé, que cette vue précède celle montrant l'entrée du tribunal dans la salle d'audience. On y découvre alors Adolph Eichmann de trois quarts dos, debout et levant la tête, pendant que les juges sont filmés depuis le sol et en contreplongée. La

[2351] Leo Hurwitz était un pionnier de la chaîne américaine CBS. C'est lui qui a inventé pour cette chaîne la mise en place technique des actualités télévisées selon une forme toujours en usage aujourd'hui.

[2352] Toute proportion gardée, ce phénomène est très connu des réalisateurs de télévision couvrant des évènements sportifs. Par exemple, en football, ce qui se passe à des endroits du terrain où ne se trouve pas le ballon n'est pas vu du public présent dans le stade, captivé par l'action de jeu, alors que la caméra le saisit. Souvenons-nous du coup de tête de Zidane en finale de la coupe de monde…

[2353] Ce document d'une minute et treize secondes, produit par Universal International News, intitulé « *Guilty ! Eichmann To hang* », est tiré des archives nationales américaines. Il peut être consulté librement sur Internet à l'adresse : http://www.dailymotion.com/video/xbhoa_eichmann-trial-news-story_events

[2354] Nous savons grâce aux notes de Hurwitz qu'elle était dissimulée dans le plafond.

succession des deux plans, l'un de haut en bas, l'autre de bas en haut, renforce l'impression d'un accusé écrasé par la juridiction. Eichmann est ensuite présenté de face, mettant en place ses écouteurs, mais la caméra n'est pas à sa hauteur. Elle se trouve encore au dessus de lui et filme la scène avec un angle que nous estimons à une trentaine de degrés. C'est cet angle qui est maintenu lors de la lecture de la sentence de mort. Adolf Eichmann l'écoute debout. Le montage ne permet pas de discerner des traces d'émotion sur son visage. La séquence se termine par son départ de sa cage en verre, par l'arrière, toujours encadré par les policiers, et la porte se refermant après lui. Hurwitz n'a pas trahi son sujet. Le film montre les juges, l'avocat de la défense, l'avocat général, et la représentation symbolique du due *process of law*. Eichmann est réduit à Jérusalem à la volonté de ses anciennes victimes, et est écrasé par la puissance de la Justice. Ce renversement des rôles passe par une succession de champs et de contrechamps avec des modifications de l'angle des prises de vue, selon une technique visuelle classique dans les westerns hollywoodiens de la grande époque. De ce point de vue visuel, le travail d'Hurwitz relève du compte-rendu d'audience en ce sens qu'il exprime la sensibilité de son auteur.

Cette impression est encore renforcée lorsqu'on observe non plus les images enregistrées, mais le choix des images montrées par les médias de l'époque. Le procès, tel qu'il a été alors rapporté par l'image et le son, a un absent : Adolph Eichmann lui-même, que l'on n'entend quasiment jamais dans les films d'actualité. Il faudra attendre la fin des années 80, pour qu'Eyal Sivan et Rony Brauman se saisissent de l'intégralité des archives audiovisuelles pour réaliser un film centré sur la personnalité d'Eichmann[2355].

L'étude des images et des déclarations de l'accusé, tout au long de son procès, ne montre pas un fanatique. La méticulosité d'Eichmann est incessante, lorsqu'il range ses lunettes, aligne ses dossiers sur son pupitre, ou consulte ses notes. « *Normal* » pour l'escouade de psychiatres qui l'ont examiné, il ne nie rien, n'élude rien, rectifie parfois une date ou un lieu, mais cherche de manière incessante à atténuer sa responsabilité individuelle, se décrivant comme un être sans instruction et sans conviction politique, pas même nazie, un serviteur d'un système à qui il obéissait aveuglément, sans aucune conscience ; son être semblant se résumer à sa fonctionnalité sociale. C'est le juge Halévi qui a, visiblement, le mieux perçu cet aspect de son caractère. Il le pousse à s'expliquer, redouble ses questions. Les images montrent un accusé malingre, à la dentition irrégulière, tentant de projeter dans la salle son regard de myope. Eichmann, derrière sa vitre, reste docile jusqu'au bout, parfois loquace lorsque la

[2355] BRAUMAN Rony et SIVA Eyal, *Un spécialiste (Le procés Eichmann à Jérusalem)*, 1998.

question est technique, presque déférent aussi, devant ce tribunal dont il sait qu'il va le condamner à la pendaison et dont il dit qu'il accepte, d'avance, le châtiment puisque « *on* » lui dit que ce qu'il a fait mérite la mort. Mais jamais n'apparaîtra la trace du moindre remord. Cet homme paraît ne porter ni haine ni culpabilité, alors que sont évoqués devant lui, et qu'il reconnaît, les crimes les plus odieux[2356]. Les enregistrements audiovisuels des propos d'Adolph Eichmann à son procès ont servi de support à un documentaire intitulé « *Un spécialiste* », diffusé en 1998[2357]. Cette nouvelle vision du procès Eichmann montre l'intérêt de l'archive judiciaire, le matériau historique permettant d'autres analyses, parfois éloignée de la lecture classique, en tout cas à partir de documents qui n'ont, souvent, pas été vus par les contemporains. Elle souligne aussi, l'importance des choix éditoriaux concernant la manière de capter et de présenter les images. Le cadre juridique de la captation d'images, l'organisation de leur mise en œuvre, l'encadrement des techniques utilisées influent considérablement sur le caractère du document présenté.

L'image peut remodeler l'audience. Cette intervention humaine, si elle n'est pas maîtrisée et contenue, remodèle l'audience. M. Badinter en est convaincu : *« Le fait d'avoir la caméra braquée sur celui qui parle change complètement la perception qu'on a des choses quand on est dans une salle d'audience. J'ai eu l'occasion d'observer ce phénomène en regardant un film réalisé aux Etats-Unis. Il s'agissait d'un viol commis par trois Portoricains dans un drugstore dans l'Etat de New York. On écoutait la victime, une jeune femme qui était serveuse, et on l'écoutait raconter son viol. Pendant qu'elle parlait d'une voix sourde, on voyait les visages des trois accusés complètement impassibles, bloqués. Les trois hommes étaient très attentifs et ne manifestaient rien. Il y avait ainsi une sur-émotion qui se dégageait de la juxtaposition d'une voix racontant des faits terribles et du visage insensible des accusés. Cela faisait naître un sentiment de frustration, de vengeance et de haine à leur encontre. Quand on est dans une salle d'audience, le témoignage de la victime est intégré à un ensemble dans*

[2356] Déclaration d'Adolph Eichmann à son procès : « *Je déclarerai, pour terminer que déjà, à l'époque, personnellement, je considérais que cette solution violente n'était pas justifiée. Je la considérais comme un acte monstrueux. Mais à mon grand regret, étant lié par mon serment de loyauté, je devais dans mon secteur m'occuper de la question de l'organisation des transports. Je n'ai pas été relevé de ce serment… Je ne me sens donc pas responsable en mon for intérieur. Je me sentais dégagé de toute responsabilité. J'étais très soulagé de ne rien avoir à faire avec la réalité de l'extermination physique. J'étais bien assez occupé par le travail que l'on m'avait ordonné de prendre en charge. J'étais adapté à ce travail de bureau dans la section, j'ai fait mon devoir conformément aux ordres. Et on ne m'a jamais reproché d'avoir manqué à mon devoir. Aujourd'hui encore, je dois le dire…* » Transcription et traduction des propos filmés d'Adolph Eichmann in BRAUMAN Rony et SIVAN Eyal, *Eloge de la désobéissance*, Paris, Editions Le Pommier, 1999, p. 161.

[2357] BRAUMAN Rony et SIVA Eyal, *Un spécialiste (Le procés Eichmann à Jérusalem)*, 1998. Lire à ce propos : « Eichmann et la Solution finale », *Telerama*, n° 2682, 6 juin 2001.

lequel il y a l'accusé, mais aussi les jurés, les avocats, le magistrat. Mais, si vous braquez et utilisez des procédés permettant de n'avoir que le visage ou les yeux, vous obtenez des effets différents sur la sensibilité. Ceci est dangereux. Ainsi, lorsque les jurés rentrent chez eux le soir, ils voient une dénaturation de ce qui s'est réellement passé à l'audience par le travail de sélection opéré à des fins médiatiques. A cet égard, il y a des risques considérables »[2358].

La prohibition française de l'image. La nécessité de garantir la sérénité des débats judiciaires est le premier argument qu'a exposé, en 1953, Jean Minjoz dans les motifs de sa proposition de loi visant à prohiber la captation de son et d'image dans les prétoires : « *Des procès récents ont appelé l'attention sur les graves inconvénients que présente, pour la sérénité de la justice et même pour la défense des accusés et des prévenus, la présence dans les salles d'audience de photographes et la prise de photographies au cours des débats. La présence des appareils photographiques et les prises de vues troublent également l'ordre de l'audience et font d'un procès un spectacle nuisible à la sérénité et à la dignité des débats et de la justice* ». Jean Minjoz ne s'expliqua pas davantage sur « *les procès récents* » qui suscitèrent sa proposition de loi. Il est cependant certain que le procès Dominici n'y était pour rien, puisqu'il ne s'ouvrira qu'en 1954. En revanche, l'année 1952 avait vu le procès de Marie Besnard, qui avait été largement perturbé par le comportement anarchique des photographes, munis alors de lourds appareils et qui utilisaient des flashs dont les détonations incessantes n'étaient pas un gage de discrétion[2359].

Cette perturbation générée par l'usage des flashs, a été soulignée par Léo Hamon, devant le Conseil de la République, pour la Commission de la presse, de la radio et du cinéma. Il regrettait un « *usage déplorable* […] *qui consiste à photographier par l'usage des flashes et autres procédés attentatoires et à la dignité de l'audience, et au calme que l'accusé doit pouvoir conserver.* »[2360] Dans la même enceinte, le rapporteur de la proposition de loi confirma : « *Nous sommes un certain nombre à avoir remarqué, dans les salles d'audience, le trouble qui était apporté par l'emploi intempestif d'appareils photographiques, et notamment du flash* […] *Nous ne travaillons jamais trop à rétablir dans le cadre de nos enceintes judiciaires le climat de sérénité et de dignité sans lequel aucun débat, aussi mince soit-il, ne*

[2358] BADINTER Robert, préc., p. 102.
[2359] Les photographes bisontins de *L'Est Républicain*, qui avaient connu la période d'après-guerre, n'avaient pas oublié que Jean Minjoz, qui fut maire de Besançon, était à l'origine de la loi leur interdisant de travailler dans les tribunaux. Ils présentaient cette loi comme la conséquence d'un incident assez sérieux survenu au début des années 50 devant la cour d'assises du Doubs et qui mettait en cause un photographe d'un journal local de l'époque, *Les Dépêches*, imprimé à Dijon, et Jean Minjoz, alors avocat : GORAU Xavier, photographe à *L'Est Républicain* à Belfort, entretien avec l'auteur, octobre 2010.
[2360] Conseil de la République, séance du 29 juin 1954.

saurait se dérouler »[2361]. Jean Minjoz revint sur ce point en seconde lecture devant l'Assemblée nationale, en citant longuement Maurice Garçon. Pour l'avocat, la présence des photographes altérait la qualité de l'audience[2362], gênait l'accusé dans sa défense[2363] et perturbait les témoins[2364].

La sauvegarde de la moralité publique. La perturbation de l'audience n'était, cependant, pas le seul motif fondant la prohibition de la fixation par l'image ou par le son des débats judiciaires. Les parlementaires craignaient aussi que la télévision ne corrompe la jeunesse en lui présentant des criminels comme des modèles, au travers de la retransmission de procès d'assises. Dès 1953, Jean Minjoz avait écrit dans ses motifs : « *La reproduction de ces photographies dans la presse alimente une curiosité malsaine et donne à des criminels et des délinquants une publicité de mauvais aloi. Si l'on objecte que la présence de photographes, et bientôt peut-être d'appareils de télévision et de radiodiffusion est une conséquence du principe de la publicité de l'audience et des débats, il importe de remarquer que cette publicité est suffisamment assurée par la présence du public dans la salle d'audience* […]. *On doit rappeler que toute la sociologie moderne dénonce les conséquences qu'entraîne la publicité des procès criminels, notamment pour la jeunesse* ».

Cette nécessité de protéger la moralité publique était également soulignée par le député communiste Albert Maton : « *Nous estimons également condamnable le caractère spectaculaire donné à certains procès où l'accusé, qui répond de crimes répugnants, fait figure de vedette ou de personnage extraordinaire* »[2365]. Devant le Conseil de la République, Pierre Marcilhacy déclara : « *Nous ne voulons pas empêcher que les débats soient publics, car il faut qu'ils le soient, sinon c'en est fini de la liberté et de la justice. Mais nous devons lutter pour que ces appétits malsains ne soient pas largement ravitaillés par une certaine presse qui ne vit que de scandales* »[2366]. Dans cette optique, il distinguait les débats, pendant lesquels l'accusé est mis en avant, du prononcé, dont la publicité présente une vertu pédagogique. Diffuser au plus grand nombre la sanction, c'est en effet « *moraliser un monde qui en a bien besoin* ». Les débats parlementaires, toutefois, ont surtout porté sur l'ampleur à donner à

[2361] *Ibid*.
[2362] « *Ce ne sont qu'éclairs éblouissants au grand détriment de la dignité de l'audience. Alors que le journaliste note silencieusement ce qu'il voit et ce qu'il entend, le photographe jette la perturbation là où il y a besoin de calme et de sérénité* ». Assemblée nationale, séance du 1er décembre 1954.
[2363] « *L'accusé présumé innocent, et qui a besoin d'être en possession de tous ses moyens pour se défendre, est continuellement gêné.* » *Ibid.*
[2364] Les témoins « *perdent contenance et bredouillent. Ils font souvent figure de bête traquée…* » *Ibid.*
[2365] Assemblée nationale, séance du 1er décembre 1954.
[2366] Conseil de la République, séance du 29 juin 1954.

l'interdiction de diffusion des débats, et la question de savoir à qui pourrait appartenir le pouvoir de la lever.

La crainte de la télévision. Si les parlementaires entendaient prohiber la captation de l'image pendant les audiences pénales, leurs débats montrent qu'ils faisaient une nette différence entre les photographies de presse et les retransmissions télévisées.

De 1945 à 1953, les journaux français avaient suivi les grands procès de l'époque en présentant à leurs lecteurs des photographies de l'audience et des accusés. Tout le monde a encore en mémoire, les photographies des procès du maréchal Pétain et de Pierre Laval. Prohiber cette pratique, « *qui* […] *en fait est déjà entrée dans les mœurs* »[2367], paraissait excessif à nombre de parlementaires.

Jean Minjoz lui-même reconnaissait qu'il était sans doute nécessaire d'aménager le texte pour permettre la prise de photographies et l'enregistrement de certaines affaires « *en raison de l'intérêt historique que peuvent présenter certains procès* »[2368] .

Devant le Conseil de la République, Pierre Marcilhacy fit une différence très nette entre les journalistes traditionnels et ceux de la télévision et des actualités cinématographiques. Pour lui, qui avait été avocat mais aussi journaliste, les *« vrais journalistes* » de la presse écrite, la presse sérieuse, devaient pouvoir continuer à travailler comme ils l'avaient toujours fait, car ceux-là *« ne sont jamais les complices de l'immoralité de la fraude et du crime* »[2369]. Le discours n'était pas le même à destination de ceux qui travaillaient pour la radio et la télévision puisque Marcilhacy ajoutait : « *Quant à la radiodiffusion, la télévision et le cinéma, je dirais simplement qu'ils ont mieux à faire que de prendre leurs vedettes parmi les assassins* ». Au début des années 50, la télévision était perçue comme un moyen de distraction, au même titre que le cinéma. L'information, c'était la presse écrite.

Pierre Marcilhacy défendit donc l'idée suivante : il convenait de contrôler la télévision afin d'éviter une corruption des mœurs à des fins de divertissement[2370]. En revanche, la presse écrite devait pouvoir continuer à remplir normalement sa mission d'information du public. Pour lui, le nouveau texte ne devait rien changer pour la presse écrite, notamment pour ce qui concernait la prise de photographies. Léo Hamon fit la même distinction, en considérant que l'interdiction devait se contenter d' « *interdire purement et simplement la caméra, la*

[2367] Intervention de Pierre Marcilhacy, Conseil de la République, séance du 29 juin 1954.
[2368] Assemblée nationale, séance du 23 janvier 1953.
[2369] Conseil de la République, séance du 29 juin 1954.
[2370] « *La publicité des audiences est en France une garantie pour l'accusé et non pas une aubaine pour les amateurs de sensations* ». Léo Hamon, *Ibid*.

radiodiffusion et tout ce qui fort heureusement n'est pas encore entré dans les mœurs » mais permettre « *l'autorisation, qui deviendra exceptionnelle, pour une reproduction photographique qui, elle, en fait est déjà entrée dans les mœurs* »[2371].
Cette distinction ne demeura pas dans le texte final, qui prohiba de manière indistincte la captation de l'image par une caméra ou par un appareil photographique.

La garantie de l'indépendance des tribunaux. L'argument selon lequel l'enregistrement et la diffusion des débats serait attentatoire à l'indépendance des tribunaux a parfois été soutenu au cours des débats parlementaires. La liberté d'expression des journalistes ne devait pas, pour Pierre Marcihally porter atteinte « *à l'indépendance absolue* […] *des magistrats jurés ou juges professionnels* »[2372]

B. Des prises de vue illégales autorisées par les autorités légales

Le champ de l'article 308 du Code de procédure pénale. L'article 308 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 6 décembre 1954 a été modifié par les lois n° 81-82 du 2 février 1981 et n° 2004-204 du 9 mars 2004.
« *Dès l'ouverture de l'audience, l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore, de caméra de télévision ou de cinéma, d'appareils photographiques est interdit sous peine de 18 000 euros d'amende, qui peut être prononcée dans les conditions prévues au titre VIII du livre IV.*
- Toutefois, le président de la cour d'assises peut ordonner que les débats feront l'objet en tout ou partie, sous son contrôle, d'un enregistrement sonore. Il peut également, à la demande de la victime ou de la partie civile, ordonner que l'audition ou la déposition de ces dernières feront l'objet, dans les mêmes conditions, d'un enregistrement audiovisuel.
- Les supports de cet enregistrement sont placés sous scellés et déposés au greffe de la cour d'assises.
- L'enregistrement sonore audiovisuel peut être utilisé devant la cour d'assises, jusqu'au prononcé de l'arrêt ; s'il l'est au cours de la délibération, les formalités prévues au troisième alinéa de l'article 347 sont applicables. L'enregistrement sonore ou audiovisuel peut également être utilisé devant la cour d'assises statuant en appel, devant la commission de

[2371] *Ibid*.
[2372] *Ibid*.

révision de la Cour de cassation, devant la Cour de cassation saisie d'une demande en révision, ou, après cassation ou annulation sur demande en révision, devant la juridiction de renvoi.
- Les scellés sont ouverts par le premier président ou par un magistrat délégué par lui, en présence du condamné assisté de son avocat, ou eux dûment appelés, ou en présence de l'une des personnes visées à l'article 623 (3°), ou elles dûment appelées.
Après présentation des scellés, le premier président fait procéder par un expert à une transcription de l'enregistrement qui est jointe au dossier de la procédure.
Les dispositions ci-dessus ne sont pas prescrites à peine de nullité de la procédure ».

L'article 38 *ter* de la loi de 1881. Un article 38 *ter* de la loi de 1881 a été créé par la loi n° 81-82 du 2 février 1981, et modifié par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, et l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000. Il dispose : « *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.*
- Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent.
- Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie de 4 500 euros d'amende. Le tribunal pourra en outre prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et du support de la parole ou de l'image utilisé.
- Est interdite, sous les mêmes peines, la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article ».
La combinaison des articles 308 du Code de procédure pénale et 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 permet de déterminer le régime de la captation audiovisuelle ou sonore appliquée à l'audience pénale.

L'audience, objet de la protection. Ce texte protège l'audience. Ainsi, il n'est pas nécessaire que la personne représentée sur une photographie soit reconnaissable pour que l'infraction soit consommée, dès lors qu'il est établi que la prise de vue a été réalisée pendant l'audience. Ainsi, a été sanctionnée, sur le fondement de la loi de 1881, une photographie d'un prévenu,

de dos et non identifiable, en train de répondre aux questions du président d'un tribunal correctionnel, son attitude montrant que la prise de vue s'est produite pendant les débats, c'est-à-dire pendant l'audience, et non avant l'ouverture de celle-ci[2373].

Une interdiction à compter de l'ouverture de l'audience. L'article 308 du Code de procédure pénale interdit la captation d'image ou de son à compter de l'ouverture de l'audience.

Une interprétation *a contrario* amène à la conclusion que ce qui est interdit à compter de l'ouverture de l'audience, ne l'est pas avant celle-ci. L'usage s'était donc établi, sur le fondement de l'article 308 du Code de procédure pénale, de procéder à des prises de vue et de son avant l'ouverture de l'audience.

La loi n° 81-82 du 2 février 1981 est venue encadrer cette pratique en instituant un article 38 *ter* de la loi de 1881 pour régler les difficultés qui survenaient régulièrement à ce sujet et uniformiser la manière de procéder, qui était très variable d'une juridiction à une autre. L'article 38 *ter* de la loi de 1881 pose trois principes :

- la demande de captation doit être présentée au président de la juridiction, avant l'ouverture de l'audience ;
- la prise de son ou d'images nécessite l'accord des parties et du ministère public ;
- la captation doit cesser lorsque les débats débutent ;

S'il précise positivement l'interprétation *a contrario* de l'article 308 du Code de procédure pénale, l'article 38 ter de la loi de 1881 se trouve aussi en contradiction avec celui-ci sur un point : la partie de l'audience susceptible de captation. Pour le Code de procédure pénale, les prises de vue et de son doivent cesser dès l'ouverture de l'audience. Pour la loi de 1881, dès l'ouverture des débats. Sur le fondement de la loi de 1881, il est donc possible de filmer les actes judiciaires antérieurs au commencement des débats devant une cour d'assises, comme le tirage au sort des jurés, et la prestation de serment du jury. Cependant, le Code de procédure pénale prohibe l'usage, à l'audience, de toute caméra ou appareil photographique, ce qui revient à interdire la captation non pas à compter de l'ouverture des débats, mais à compter de celle de l'audience.

Les moyens et techniques qui ne sont pas interdites par la loi sont admises. Il en va ainsi des dessins de presse présentant les acteurs du procès à l'audience et qui ne nécessite pas

[2373] Douai, 3 mars 1999, *JCP* 2000.IV.1615.

l'utilisation d'un appareil d'enregistrement[2374]. Dans un cas isolé et semble-t-il sans précédent[2375], qui n'a pas donné lieu à un contentieux juridique, un président de cour d'assises a interdit en 2010 à un dessinateur de presse de l'Agence France Presse de dessiner lors d'une audience relative à une affaire de terrorisme. Le magistrat, usant de son pouvoir de police, avait donné suite à la demande d'un des accusés qui invoquait son droit à l'image[2376]. L'avocat général s'était déclaré opposé à une telle mesure. Cette décision a suscité une « *protestation solennelle* », restée sans réponse, de « *l'association confraternelle des journalistes de la presse judiciaire* » auprès du Premier président de la Cour d'appel de Paris[2377]. La profession plaidait par ailleurs qu'autoriser un président de cour d'assises d'user de son pouvoir de police pour autoriser tel ou tel journaliste à couvrir un procès, c'est-à-dire choisir les journalistes autorisés à rapporter les audiences qu'il préside[2378], était une mesure arbitraire et attentatoire à la liberté de la presse. Une autre demande en ce sens a été formée, en janvier 2011, par un prévenu qui ne souhaitait pas que… le gendarme assis à ses côtés figure sur les croquis d'audience. Il a été, dans un premier temps, suivi par le président de la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Paris qui le jugeait, avant que le magistrat, à qui une réaction du bureau de presse judiciaire avait été adressé, ne revienne sur sa décision à l'ouverture de l'audience suivante, en déclarant : « *Je relève le souhait* […] *que le gendarme ne figure pas sur la caricature, mais je n'ai pas le pouvoir de dire à un journaliste la façon de faire son travail* »[2379]. Le croquis d'audience, par ailleurs, ne paraît pas entrer dans les critères de l'immunité judiciaire posés par la jurisprudence relativement à l'article 41 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Si son usage se rattache à l'évidence à la liberté d'expression, cet exercice relève avant tout de l'interprétation et d'une vision artistique d'une scène. Il ne met pas en regard les unes des autres les prétentions contraires des parties, ne permet pas d'apprécier l'ensemble des débats, et, dès lors, il est difficilement soutenable qu'il puisse être assimilé à un « *compte-rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires* ».

[2374] D'une manière plus contemporaine, les articles de presse trouvent également à être illustrés par le recours à des infographies.

[2375] Dominique Verdeilhan (*France 2*), vice-président de l'Association de la presse judiciaire : « *C'est du jamais vu, et c'est un précédent fâcheux que nous n'aimerions pas voir se reproduire* », in *Libération*, « Crayon suspendu d'audience », 13 décembre 2010.

[2376] *L'Express*, 9 décembre 2010, « Un dessinateur de presse privé de plume aux assises ».

[2377] Cette lettre peut être consultée à l'adresse Internet http://www.lexpress.fr/imgstat/pdf/sds-a-degrandi.pdf

[2378] Le quatrième principe de l'annexe concernant la diffusion par les médias en relation avec les procédures pénales à la recommandation Rec (2003) 13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres pose le principe de non discrimination entre les journalistes relativement à une information judiciaire légalement accessible.

[2379] *Le Monde.fr*, *Le blog de Pascale Robert Diard, journaliste au Monde*, « Angolagate, Pierre Falcone soigne son portrait », 21 janvier 2011, http://prdchroniques.blog.lemonde.fr/2011/01/21/angolagate-pierre-falcone-soigne-son-portrait/

Plus récemment, la presse a transcrit et transmis en quasi direct des propos tenus à l'audience grâce à des textes émis depuis des ordinateurs portables ou des téléphones portables permettant l'envoi de textes via le réseau Internet.

La contestation de la prohibition au regard de l'article 10 de la Convention. Dans un arrêt du 8 juin 2010[2380], la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la condamnation par la Cour d'appel de Paris du rédacteur en chef de France 3 Corse pour avoir diffusé des images de la Cour d'assises spéciale de Paris rendant publiquement son arrêt dans l'affaire Colonna.

Les prises de vues avaient été réalisées non pas dans la salle d'audience, mais sur l'écran de retransmission situé dans la salle réservée à la presse.

Le Tribunal de grande instance de Paris avait relaxé le prévenu en jugeant qu'une telle interdiction n'était pas nécessaire dans une société démocratique, et en estimant que le droit à l'information du public devait prévaloir sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour d'appel de Paris a réformé cette décision, cette solution étant confirmée par la Cour de cassation.

L'arrêt de la chambre criminelle a été rendu au visa des articles 38 *ter* de la loi de 1881 et 10 de la Convention.

La captation de l'image dès l'ouverture de l'audience et pendant toute la durée de celle-ci est interdite par l'article 308 du Code de procédure pénale, mais cet article n'a pas été visé par l'arrêt de la chambre criminelle. La captation de l'image est interdite « *dès l'ouverture des débats* » par l'article 38 ter de la loi de 1881 qu'a visé la Cour de cassation. Il peut néanmoins être soutenu que cette formulation n'implique pas, à la différence de la mise en œuvre du huis clos, que la prohibition soit levé par la fin des débats, et que la phase d'audience qui suit la clôture des débats est concernée aussi par l'interdiction. Par ailleurs, l'article 38 ter pose l'obligation d'une autorisation à la captation du président de la juridiction qui n'était pas réalisée en l'espèce.

La Cour de cassation, donc, aurait pu se contenter de constater l'absence de l'autorisation prescrite par la loi de 1881 pour confirmer la condamnation pour « *complicité de publication d'enregistrement effectué sans autorisation à l'audience d'une juridiction* ». Elle a, cependant, aussi répondu au moyen fondé sur l'article 10 de la Convention et a répondu de la manière

[2380] Cass. crim., 8 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 103.

suivante à celui-ci : « *si toute personne a droit à la liberté d'expression, et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas d'espèce, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

La Cour d'appel de Paris avait, pour sa part, motivé sa décision sur « *le droit à l'image des parties intéressées* » et « *la sérénité des débats* ». Cette première motivation est critiquable. L'image diffusée en l'espèce ne montre que la Cour, c'est-à-dire des magistrats professionnels, dans l'exercice de leurs fonctions, rendues visibles dans le moment solennel du prononcé et de la création de la peine à l'audience publique. Ces juges en train de juger ne sont-ils l'incarnation publique de la justice en train d'être rendue au nom du peuple français ? Leur image, dans ces circonstances précises, doit-elle être reçue comme le prolongement de leur personnalité, méritant protection, ou comme une représentation publique, c'est-à-dire la justice incarnée, dont la diffusion de l'image relève du droit du public à l'information ? Par ailleurs, en quoi la captation d'une image hors de la salle d'audience et après les débats, et sa diffusion alors que le procès est terminé et qu'il n'y a plus de risque d'interaction avec le déroulement des débats, sont-elles de nature à nuire à la « *sérénité* » de débats qui sont clos ?

Enfin, pour reprendre la motivation de la Cour de cassation, en quoi le fait de montrer le prononcé d'un verdict porte-t-il atteinte à « *l'impartialité* » du pouvoir judiciaire ? Rappelons que la méthode d'appréciation objective de l'impartialité, retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, consiste à prendre en considération l'optique de la personne poursuivie et la manière dont une procédure est perçue par le public. De plus, cette affaire était très particulière en ce sens que l'impartialité de la juridiction pouvait, effectivement, être mise en doute au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dès lors que la culpabilité de l'accusé avait été préalablement déclarée par le président de la République lui-même. Porte, en effet, atteinte à l'impartialité de la justice l'intervention des autorités administratives et politique dans des affaires particulière, particulièrement lorsqu'il s'agit du chef de l'Etat. Dans une affaire ukrainienne[2381] dans laquelle le chef de l'Etat avait demandé aux juges de « *défendre les intérêts nationaux* », la Cour européenne des droits de l'homme

[2381] Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine* [Quatrième section], Req. n° 48553/99, § 18 : dans cette affaire le president ukrainien avait demandé à une juridiction de « *défendre les intérêts nationaux ukrainiens* ».

avait lié l'atteinte aux garanties d'impartialité que doit présenter un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, au fait que les débats n'avaient pas été publics. L'élargissement de la publicité, par la diffusion audiovisuelle de la décision d'une juridiction dans une affaire où l'indépendance et l'impartialité du tribunal est objectivement en cause du fait de la prise de position publique du chef de l'Etat à ce sujet, est-elle attentatoire à l'impartialité de cette juridiction ? Au regard du raisonnement de la Cour européenne sur l'impartialité objective, la nécessité que la justice montre qu'elle soit rendue autant qu'elle soit rendue, et sa jurisprudence établissant un lien entre respect de l'impartialité et publicité, nous en doutons fortement, ce qui était aussi l'avis des premiers juges dans ce dossier.

L'interprétation de cet article *a contrario* a fait s'installer une pratique qui autorise les prises de vue et de son dans la courte période de temps qui sépare l'entrée des acteurs du procès dans la salle d'audience, de l'ouverture de celle-ci. Ces images représentent donc les parties, le ministère public et même la juridiction elle-même dans son installation proprement dite. Est alors captée la scène d'installation de la juridiction : l'entrée des magistrats dans la salle, leur mouvement vers leur siège, la dépose du dossier ou de codes devant eux et un instant, plus ou moins long, pendant lequel les membres de la juridiction se tiennent immobiles, les photographes et cameramen captant leur image, jusqu'au moment où le président, ou parfois un huissier ou les policiers ou gendarmes présents dans la salle, indiquent aux représentants de la presse que l'audience débute et qu'il leur faut cesser les prises de vues.

La même solution prévaut pour les suspensions d'audience.

Les préconisations de la commission Linden. Dans sa lettre de mission du 30 juin 2004 à Mme Elisabeth Linden, Première Présidente de la Cour d'appel d'Angers, le Garde des Sceaux relevait que « [l]*es sollicitations des médias audiovisuels à l'égard des juridictions, aux fins d'enregistrer et de diffuser les audiences judiciaires, sont de plus en plus fréquentes. Cet accroissement de la demande justifie d'engager une réflexion d'ensemble sur les modalités de tournages et de reportages dans les cours et tribunaux.* »[2382] M. Dominique Perben notait que la seule dérogation à l'enregistrement des débats judiciaires étant la constitution d'archives audiovisuelles de la Justice et que cette dérogation ne répondait que « *partiellement au souci légitime d'être mieux informé du fonctionnement des institutions judiciaires, qui anime le citoyen* ». Un groupe de travail constitué à la Chancellerie en 2003 avait proposé « *d'autoriser l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires aux fins de*

[2382] *Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, annexes, ministère de la Justice, 22 février 2005, p. 4.

réalisation de documentaires à vocation pédagogiques, sous réserve de certaines conditions et notamment de l'accord des personnes concernées par l'enregistrement ». Mme Linden fut donc chargée de présider un groupe de travail à ce sujet composé de représentants du Parlement, de magistrats, de journalistes, de responsables de médias, d'avocats et d'un membre du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.).

Cette commission a estimé que le *statu quo* actuel n'était pas satisfaisant, dès lors que les autorisations données à des tiers de capter et de diffuser l'image et le son d'audiences pénales dans une perspective d'information du public étaient données en violation manifeste de la loi qui interdit de telles pratiques. Il n'est sans doute pas dans le rôle des magistrats ou du ministère de la Justice de donner des autorisations qui ne respectent pas les textes légaux en vigueur.

La commission Linden note aussi à ce propos que le système en vigueur, outre son illégalité, était « *aléatoire, discrétionnaire, et dépourvu de cohérence* » face auquel « *les médias ne sont pas à égalité* »[2383]. Le rapport ajoute que « *ce système ne répond qu'imparfaitement au souci légitime des citoyens d'être mieux informés sur le fonctionnement du système judiciaire et sur son activité* »[2384].

La commission s'est prononcée pour un régime d'autorisation préalable[2385] permettant à des tiers à l'institution judiciaire de capter et de diffuser les audiences de certaines affaires pénales[2386]. Elle n'a pas retenu le principe l'obligation du consentement des personnes dont l'image est captée[2387], mais a cependant indiqué qu'il convenait de protéger certaines catégories de personnes (mineurs et incapables majeurs) en soumettant l'enregistrement des affaires les concernant à une procédure spéciale, à un consentement de leurs représentants légaux, à une autorisation du ministère public et à une obligation d'utiliser des moyens techniques propres à garantir leur anonymat[2388]. Une protection maximale des témoins[2389] et des jurés[2390] est également préconisée[2391]. La commission Linden s'est également prononcée en faveur de la possibilité de filmer des audiences non publiques, sous la réserve de l'accord éclairé des parties et l'anonymatisation et le floutage des mineurs impliqués[2392]. Les autres

---

[2383] *Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, op. cit., p. 11.
[2384] *Idem*.
[2385] Délivrée par le premier président de la Cour d'appel.
[2386] *Ibid*., pp. 14 et 15.
[2387] *Ibid*., p. 16.
[2388] *Ibid*., pp. 17 et 18.
[2389] En imposant, sauf accord de leur part, l'obligation de garantir leur anonymat.
[2390] En interdisant la captation de leur image.
[2391] *Ibid*., p. 18.
[2392] *Ibid*., p. 19.

personnes, qu'elles soient parties à l'affaire, avocats, magistrats, greffiers ou tout intervenant à l'audience ne bénéficieraient pas d'une telle protection, mais disposeraient d'un droit de saisir le premier président de la cour d'appel d'une demande d'anonymisation[2393].

La commission recommande, par ailleurs, l'équipement des salles d'audience avec un matériel discret et silencieux[2394], et de conforter le pouvoir de police de l'audience du président concernant l'enregistrement. Elle s'est aussi prononcée sur l'obligation de n'autoriser une captation que si celle-ci concerne l'intégralité des débats[2395], le montage par le média capteur ne pouvant être réalisé qu'à partir d'un matériau englobant toute l'audience[2396]. Dans le même esprit, la commission déclare préférer une diffusion intégrale plutôt que partielle de l'audience. Elle a aussi opté pour la prohibition de toute diffusion d'images avant le prononcé de la décision[2397], tout en exigeant que celles-ci soient diffusées à bref délai après la décision. Par ailleurs, la commission a précisé la nécessité d'interdire aux médias toute forme de rémunération directe ou indirecte des acteurs du procès, et la prohibition des coupures publicitaires pendant la diffusion de celui-ci[2398]. Elle a aussi appelé de ses vœux l'élaboration d'une « *charte nationale* » prenant en compte un cahier des charges techniques prohibant notamment les gros plans, les zooms et les plans de coupe[2399].

Notons que ces préconisations sont, pour l'heure, restées lettre morte. La situation décrite en 2004, n'a fait que s'amplifier puisque les documentaires audiovisuels se sont multipliés[2400] depuis cette date, toujours dans la même illégalité et sans que le législateur ne s'en inquiète.

[2393] *Ibid.*, p. 20.
[2394] *Ibid.*, p. 21.
[2395] *Idem*.
[2396] *Ibid.*, p. 22.
[2397] *Ibid.*, p. 23.
[2398] *Ibid.*, p. 26.
[2399] *Ibid.*, p. 27.
[2400] Pour ne citer qu'un seul exemple, évoquons la diffusion du procès *Evrard* le 14 octobre 2010 en deuxième partie de soirée sur *France 2*. L'audience devant la cour d'assises du Nord s'était déroulée en octobre 2009. Le documentaire, intitulé « Cinq jours pour juger : le procès d'un pédophile », d'une durée d'une heure trente, était constitué d'extraits de débats qui ont duré cinq jours et de témoignages, hors audiences, des différents acteurs du procès. Le montage a été réalisé à partir d'un matériau constitué d'environ 200 heures de rushs correspondant à l'intégralité de l'audience publique de la cour d'assises du Nord à Douai et des images filmées dans les pièces attenantes

Section 2. La prise en compte du droit du public à être informé

Plan. La nouvelle situation générée par l'existence d'un droit du public à être informé a été pris en compte par le législateur (§1) mais aussi par la déontologie journalistique (§2).

§1. La prise en compte par la loi

Plan. La loi reconnaît le droit du public à l'information, et le droit de rechercher cette dernière, dans le principe général de l'accès aux documents publics, même si les documents judiciaires constituent une exception (A). Le législateur, par ailleurs, prend lentement en compte l'existence d'une situation dans laquelle la publicité du procès pénal se caractérise aussi par la diffusion hors de la salle d'audience, d'informations relatives à l'activité ou aux décisions judiciaires. Dès lors, c'est dans un contexte plus large que le législateur peut envisager les normes procédurales, le caractère équitable d'une procédure ne se jaugeant plus au seul respect du contradictoire dans la seule salle d'audience (B).

A. L'accès aux documents judiciaires

Le principe du libre accès aux documents administratifs. L'accès aux documents administratifs est un droit légalement reconnu à toute personne qui en fait la demande depuis une loi du 17 juillet 1978[2401]. Le principe est celui de la libre divulgation, le caractère non communicable d'un document étant l'exception. La loi pose les limites à cette communication et a créé une instance de médiation entre les pouvoirs publics et les administrés, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Ce sont ses avis, et la jurisprudence des juridictions administratives[2402], qui permettent de déterminer le champ d'application du principe de libre communication à toute personne qui en fait la demande.

[2401] Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.
[2402] Seules les juridictions administratives pourront contraindre l'administration à communiquer un document.

Les motifs légaux de refus de communication d'un document administratif. La loi de 1978 a réservé, dans certains cas, le droit de communication aux seules personnes « *intéressées* ». Selon les avis du CADA une personne est dite « *intéressée* » lorsque la loi ou le règlement le prévoit[2403], lorsque le document est intervenu en considération de cette personne[2404], à la demande de celle-ci[2405], lorsqu'elle est l'auteur du document ou quelle est la personne dont le comportement est décrit dans le document[2406], à l'exception notable pour cette dernière situation de l'hospitalisation d'office à la demande d'un tiers[2407]. Ainsi, l'article 6 pose une telle restriction pour les documents « *portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ou faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice* » ; exception de portée générale dont on comprend tout de suite qu'elle pourrait trouver pour des documents tels que des jugements ou des arrêts en matière pénale. Il existe trois grandes catégories de limitation de la liberté d'accès aux documents administratifs : le risque d'atteinte à la vie privée, au secret du dossier médical, au secret industriel et commercial ; l'existence d'une appréciation ou d'un jugement de valeur sur une personne physique identifiée ou identifiable ; la possibilité que la divulgation d'un document faisant apparaître le comportement d'une personne puisse porter préjudice à celle-ci. La seule mention d'un nom ne suffit pas à commander la non communication d'un document[2408], notamment lorsqu'une occultation de cette information est possible[2409]. L'ordonnance du 6 juin 2005 a introduit le raisonnement de la CADA dans les textes légaux en indiquant : « *Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application du présent article mais qu'il est possible d'occulter ou de disjoindre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions* ». Les demandes de communication des documents administratifs peuvent être formées de n'importe quelle manière, même si un écrit est préférable, puisque seul un écrit

[2403] Par exemple, le secret médical n'est pas opposable aux personnes énumérées à l'article R 1111-1 du code de la santé publique.
[2404] CADA, conseil n° 20093805 du 5 novembre 2009, *maire de Saint-André-de-Corcy*.
[2405] CADA, conseil n° 20092212 du 2 juillet 2009, *président de la communauté de communes de la vallée de Kaysersberg*.
[2406] CADA, avis n° 20093284 du 24 septembre 2009, *président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité*.- CADA, conseil n° 20092777 du 10 septembre 2009, *mairie de Montpellier*.
[2407] Dans ce cas, la personne ayant demandé l'hospitalisation a accès au document, mais cet accès peut être refusé à la personne hospitalisée dans le cadre de ce régime. CADA, conseil n° 20103349 du 16 septembre 2010, *directeur de l'établissement public de santé mentale du Morbihan*.
[2408] CAA Nancy, 30 mai 2002.
[2409] CADA, décision n° 20000929 du 2 mars 2000.

pourra commencer à faire courir les délais de réponse et de recours. La lettre de demande n'a pas à être motivée. L'administration ne peut pas juger de son opportunité.

Les documents juridictionnels, non communicables par nature. Ce régime, cependant, connaît deux grandes exceptions : d'une part, les actes des assemblées parlementaires qui, depuis la loi du 12 avril 2000[2410], échappent aux obligations de la loi de 1978[2411]. D'autre part, les actes juridictionnels, c'est-à-dire les décisions de justice et tous les actes accomplis pour le besoin d'une procédure, qui sont considérés comme non détachables de l'activité juridictionnelle. Les documents judiciaires, donc, se trouvent dans une catégorie qui relève de l'exception. Dès lors qu'ils sont liés à la fonction juridictionnelle, ils ne sont pas concernés par le principe du libre accès posé par la loi et sont non communicables par nature. Ce principe est régulièrement exprimé par la Commission qui énonce le principe de son incompétence dès lors qu'un document « *revêt un caractère judiciaire* »[2412], indiquant que la communication des documents « *qui revêtent un caractère juridictionnel* […] *relève de la seule autorité judiciaire.* »[2413] La Commission rappelle tout aussi régulièrement que « *les documents produits ou reçus dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, qu'elle soit de nature civile, pénale ou commerciale, ne présentent pas un caractère administratif et n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978* »[2414], ajoutant qu'il « *en va ainsi, notamment, des jugements, ordonnances, décisions ou arrêts rendus par les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif* »[2415]. Entrent dans cette catégorie toutes les décisions rendues ou documents produits à l'occasion d'une procédure[2416], mais aussi les documents antérieurs à une procédure et liés à celle-ci [2417]. Sont également non communicables, les documents relatifs à l'exécution de la peine : demande de permission, plaintes contre des surveillants de prison, demandes d'expertise, recours en grâce etc.… La CADA s'est notamment déclarée incompétente pour les documents produits dans le cadre de

[2410] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
[2411] Le Conseil d'Etat avait déjà jugé que les contrats de fourniture de l'Assemblée nationale, susceptibles d'un recours devant le Conseil d'Etat, n'étaient pas soumis à l'obligation de divulgation posée par la loi de 1978 : CE, ass., 5 mars 1999.
[2412] Même avis.
[2413] CADA, conseil n° 20102729 du 8 juillet 2010, *maire de Fontenay-sous-Bois*.
[2414] CADA, avis n° 20101883 du 6 mai 2010, *président du Tribunal de grande instance de Paris.*
[2415] CADA, avis n° 20101321 du 25 mars 2010, *président du Tribunal de grande instance de Paris.*
[2416] Observations des parties, clichés versés au dossier.
[2417] Pour la non communicabilité d'un dossier de demande d'aide judiciaire : CADA, avis n° 20101321 du 25 mars 2010, *président du Tribunal de grande instance de Paris*. Même solution dans CE, 5 juin 1991, *Delannay*, req. n° 102627.

préparation ou de l'exécution d'un jugement, particulièrement pour ce qui concerne les dossiers de grâce présidentielle[2418], les documents reçus ou émis par les barreaux et autres ordres professionnels judiciaires[2419], les correspondances entre parquets, parquets généraux et Chancellerie lorsqu'elles sont relatives à une affaire précise[2420].

Les documents communicables de l'administration judiciaire. La CADA n'a jamais estimé que la liste dressée à l'article 1er de la loi de 1978 était limitative pour ce qui concerne les documents administratifs communicables. Cette interprétation a été confirmée par l'ordonnance du 6 juin 2005[2421] qui emploie le terme « *notamment* »[2422]. Dès lors, des documents peuvent être communiqués selon la procédure organisée la loi du 17 juillet 1978 même si ils ne sont pas visés de manière expresse par le texte légal. La Commission a, par exemple, donné des avis en ce sens pour ce qui concerne des audits concernant des services municipaux[2423] ou l'enregistrement sonore d'une réunion publique d'un conseil municipal[2424].
Reste cependant, parmi les documents détenus par l'autorité judiciaire – ou produits ou détenus par un service administratif dépendant de lui[2425] – à tracer la limite entre les documents liés à la fonction juridictionnelle et les autres. La CADA, en effet, estime que certains documents produits ou appartenant à l'administration judiciaire relèvent de la loi de 1978 et sont soumis au principe du libre accès au bénéfice du public.
Entrent dans la catégorie des documents communicables des documents reçus par une personne publique avant l'engagement d'une procédure juridictionnelle alors même que ces documents ont été ensuite versés à la procédure[2426]. La Commission estime aussi que certains documents émanant ou détenus par l'autorité judiciaire n'entrent pas dans la catégorie des

---

[2418] CADA, avis n° 20064190 du 26 octobre 2006.
[2419] CADA, avis n° 20070024 du 25 janvier 2007.
[2420] CADA, avis n° 20042980 du 26 août 2004.
[2421] Globalement, la rédaction de cette ordonnance est plus favorable à la communication des documents administratifs que le texte de 1978. Ainsi, en 1978 la version initiale évoquait les notes et répondes ministérielles « qui comportent une interprétation du droit positif ou une description de procédures administratives ». Cette restriction a disparu dans le texte de 1995, ce qui ouvre le champ des documents communicables à tout document administratif quel que soit son contenu ou son support, sauf restrictions légales expresses.
[2422] « [C]*onstituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions* »
[2423] CADA, avis n° 20020487, *Maire de Liverdun.*
[2424] CADA, avis n° 2001951, *Maire de Bordeaux.*
[2425] CADA, avis n° 20044622, *ministère de la Justice* : « *le droit d'accès s'exerce à l'égard de tous les documents administratifs et il importe peu, dans ce cadre, que le document demandé ait été élaboré directement par l'administration saisie ou qu'elle n'en soit que le détenteur* ».
[2426] CADA, conseil n° 20092608 du 28 juillet 2009, *président du conseil général des Landes*.- Même solution dans un arrêt du Conseil d'Etat : CE, 5 mai 2008, *Société anonyme Baudin Chateauneuf*, n° 309518, JCP A, 2008. 2182, note Darcy.

documents juridictionnels échappant à l'obligation de libre accès posé par la loi de 1978. Il en est ainsi des procédures administratives. Par exemple pour les rapports des chefs de juridiction, à condition d'occulter les mentions permettant de rendre les personnes identifiables ainsi que celle concernant l'activité professionnelle, le temps partiel, le comportement professionnel et les congés maladie[2427], ou des documents d'ordre général comme des circulaires, des instructions au Parquet en matière de politique pénale. Des rapports sur une cession de greffe et des courriers internes adressés au procureur général ou au ministre de la Justice à ce sujet sont communicables aux tiers, « *après occultation d'éventuelles mentions portant une appréciation ou un jugement de valeur sur un tiers, ou faisant apparaître le comportement d'une autre personne physique identifiable et dont la divulgation pourrait lui porter préjudice* »[2428]

L'incompétence de principe des juridictions administratives. En 1980, l'association « *SOS Défense* » avait contesté, sur le fondement de la loi de 1978, le refus du greffier en chef du greffe criminel de la cour de cassation de lui délivrer une copie d'un arrêt rendu devant cette juridiction. Saisie de ce contentieux, le Conseil d'Etat a jugé en 1984[2429] que « *les jugements, ordonnances et arrêts rendus par les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas des « documents administratifs » au sens du titre 1er de la loi du 17 juillet 1978* ; *que les litiges nés de la communication ou du refus de communication de telles pièces intéressent le fonctionnement du service public de la justice ; que, par suite, il n'appartient pas à la juridiction administrative de se prononcer sur ces litiges.* » Dans une décision récente[2430], le Conseil d'Etat a, par ailleurs, donné une définition plus large que celle de la CADA de la notion de document juridictionnel non communicable. Dans cette affaire M. Albert Bertin avait demandé au président du Tribunal de grande instance de Lyon, communication des tableaux des assesseurs des chambres correctionnelles de son tribunal pour les quatre derniers mois de 1999. La Commission d'Accès aux Documents Administratifs avait donné un avis favorable à cette demande. M. Bertin avait saisi le Tribunal administratif de Lyon d'une requête en annulation de la décision implicite de refus de communication du président du TGI de Lyon. Sa demande avait été rejetée le 6 décembre 2000. Cette décision a été confirmée par la Cour administrative d'appel par un arrêt du 11 avril 2006. Devant le Conseil d'Etat, le

[2427] CADA, avis n° 20002179 du 8 juin 2000.
[2428] CADA, avis n° 20092619 du 8 octobre 2009, *procureur général près la cour d'appel de Nancy*.
[2429] CE Sect., 27 juillet 1984, *SOS Défense*, n° 30590, Rec. Lebon p. 284.
[2430] CE Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168.

rapporteur public était resté dans le raisonnement de la CADA en estimant que ne devait être considérés comme « *juridictionnels* » que les documents relatifs à une instance déterminée. Le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi. Considérant qu'en vertu de « *l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, dans sa rédaction, issue de la loi du 11 juillet 1979, en vigueur à la date de la décision attaquée, les documents administratifs, définis alors par son article 1er, et détenus, notamment, par l'Etat, dans le cadre de ses missions de service public, sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande ; que sont considérés comme documents administratifs selon l'article 1er : tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs, prévisions et décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements automatisés d'informations non nominatives* », mais que « *les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies, n'ont pas le caractère de document administratif pour l'application de la loi du 17 juillet 1978* », le Conseil d'Etat a jugé que « *les tableaux mensuels des assesseurs* » dont il était demandé communication « *déterminent la composition de la juridiction pendant cette période ; qu'ils se rattachent ainsi à la fonction de juger dont le tribunal est investi ; qu'en conséquence, ils n'ont pas le caractère de document administratif et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978.* »

Le principe de la communicabilité de l'acte détachable. La notion de droit administratif d'acte détachable s'applique aux documents juridictionnels. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé, par exemple, que la fiche pénale établie par l'administration pénitentiaire pour chaque détenu est détachable de la procédure juridictionnelle et est communicable au titre d'un document administratif[2431] .

L'accès à la décision auprès des greffes judiciaires. Si les décisions sont largement diffusées et accessibles sur support papier ou par Internet, la question de l'accessibilité aux décisions de justice par les tiers se posent peu. Il n'en est pas de même des décisions qui n'ont pas – ou pas encore – fait l'objet d'une diffusion, ou lorsque des extraits seulement ont été

[2431] CE, 20 avril 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, n° 265326.

publiés et qu'un tiers veut obtenir l'intégralité du jugement ou de l'arrêt. Accéder à la décision de justice nécessite alors de s'adresser au greffe de la juridiction ayant statué. En cas de transfert du lieu où siège la juridiction, pour des raisons de travaux notamment, ce changement doit être communiqué au public[2432].

Les règles de procédure civile. « *La délivrance de copies d'actes et de registres* » constitue le chapitre V du Titre IV du Code de procédure civile. L'article 1435 de ce code dispose que « [l]*es officiers publics ou ministériels ou les autres dépositaires d'actes sont tenus de délivrer, à charge de leurs droits, expédition ou copie des actes aux parties elles-mêmes, à leurs héritiers ou ayant droits*. » L'article 1440 prévoit une disposition de même nature pour les tiers à l'instance : « *Les greffiers et dépositaires de registres publics ou répertoires publics sont tenus d'en délivrer copie ou extrait à tous requérants, à charge de leurs droits ». Le refus de délivrance peut faire l'objet d'un contentieux, porté devant le président du tribunal de grande instance « ou si le refus émane d'un greffier, le président de la juridiction auprès de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, saisi par requête, statue, le demandeur et le greffier ou le dépositaire entendus ou appelés.* »[2433] L'appel suit les mêmes formes que la matière gracieuse. Par ailleurs, l'article 11-3 de la loi du 5 juillet 1972 dispose que « [l]*es tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement.* »[2434]

Les règles de procédure pénale. Ces principes ne valent pas en matière pénale. Le droit à la libre délivrance à des tiers de décisions rendues en matière pénale se fonde sur l'interprétation *a contrario* de l'article R 156 du Code de procédure pénale[2435] qui dispose : « *En matière criminelle, correctionnelle ou de police, aucune expédition autre que celle des arrêts, jugements, ordonnances pénales définitifs et titres exécutoires ne peut être délivrée à un tiers sans une autorisation du procureur de la République ou du procureur général* ». Seules les

---

[2432] Article 124-1 du Code de l'organisation judiciaire : « *Lorsque la continuité du service de la justice ne peut plus être assurée au sein du bâtiment où siège la juridiction, dans les conditions offrant les garanties nécessaires au maintien de la sécurité des personnes et des biens, tout ou partie des services de la juridiction peut, à titre provisoire, être transféré dans une autre commune du ressort. -Lorsque l'ensemble des services de la juridiction est transféré, le siège de la juridiction est le lieu dans lequel elle est transférée* […]- *La commission permanente de la juridiction, ou, pour les juridictions ne comportant pas de commission permanente, l'assemblée plénière ou l'assemblée générale est convoquée sans délai afin d'émettre un avis sur le projet de transfert. - Le premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général près cette cour, prend, par ordonnance, la décision portant transfert total ou partiel des services de la juridiction. L'ordonnance indique le motif du transfert, la date à laquelle il sera effectif, la durée prévisible, l'adresse du ou des services transférés* ».Elle fait l'objet d'une publication dans deux journaux diffusés dans le ressort et de toute autre mesure de publicité dans tout lieu jugé utile.

[2433] Article 1441 du Code de procédure civile.

[2434] Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. La version de cet article en vigueur est issue de la loi n° 75-595 du 9 juillet 1975.

[2435] Décret n° 72-730 du 4 juillet 1972.

décisions devenues définitives peuvent donc être communiquées à des tiers, qui devront, pour l'obtenir, faire une demande par lettre simple auprès du greffe de la juridiction ayant rendu la décision ou en remplissant le formulaire Cerfa n° 12823*01[2436]. Ce dernier formulaire peut être rempli en ligne pour une demande de copie par Internet. En matière de renseignements personnels relatifs au demandeur[2437], les champs obligatoires à remplir sont ceux du genre, des noms et prénoms, de la localité de domicile et du code postal de celle-ci. Une mention « *autre* », en dessous des mentions « *victime, plaignant, partie civile, condamné, mis en cause, civilement responsable* » permet de demander une copie en tant que tiers, sans qu'aucune motivation ne soit requise. Aucune pièce jointe n'est nécessaire. La délivrance d'une copie de décision définitive en matière pénale est gratuite.

L'accès aux ordonnances d'homologation de CRPC. L'ordonnance d'homologation de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) est publique, suite à la décision du Conseil constitutionnel qui a censuré le texte voté par le Parlement[2438] et qui ne prévoyait pas cette publicité. Mais qu'en est-il de la possibilité d'accès à cette décision par un tiers ? Ce point a fait l'objet d'une question parlementaire[2439], qui a suscité la réponse suivante du Garde des Sceaux, le 26 août 2010 : « *Les règles de communication des ordonnances d'homologation de comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité sont fixées par l'article R. 156 du code de procédure pénale. Il résulte de ces dispositions que la copie d'une ordonnance d'homologation définitive peut être demandée par une personne qui n'est pas partie à la procédure sans autorisation du procureur de la République. Cette demande doit être adressée au greffe de la juridiction en fournissant les renseignements indispensables à l'identification du dossier concerné : l'identité du demandeur, son statut (victime, plaignant, partie civile, condamné, mis en cause, civilement responsable, autre), les références de la décision (date, juridiction concernée, nom des autres parties). L'honorable parlementaire suggère la possibilité pour un tiers qui ignorerait la date précise de l'ordonnance de solliciter cette information auprès du greffe. Une telle demande ne peut être satisfaite en l'état faute de fondement légal et compte tenu de l'importante charge de travail que représente la recherche d'un dossier sur la base d'informations incomplètes. Il n'est pas concevable en effet qu'une personne puisse obtenir copie d'une ordonnance qui ne le concerne en aucune façon en se contentant de citer un nom, à charge pour le greffe*

[2436] Ce formulaire est valable depuis le 15 avril 2008.
[2437] Les autres rubriques à renseigner dans le formulaire sont relatives à la décision rendue.
[2438] Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.
[2439] Question de M Jean-Louis Masson, sénateur. J.O. du 4 mars 2010, p. 497.

d'entreprendre de longues recherches d'identification de la procédure visée. Une personne qui a un intérêt légitime à demander copie de l'ordonnance dispose nécessairement de ces informations. Une réflexion est néanmoins en cours pour faire évoluer cette réglementation »[2440].

Le principe général du droit de réutilisation des informations publiques. Une ordonnance du 6 juin 2005[2441] a transposé en droit interne les directives 2003/98/CE du Parlement européen et du 17 novembre 2003 du Conseil de l'Europe. Ces textes ont modifié la loi du 17 juillet 1978, par l'ajout d'un chapitre II traitant spécifiquement de la question de « *réutilisation des informations publiques* »[2442]. Sa rédaction a été une nouvelle fois modifiée par une ordonnance du 29 avril 2009[2443]. Ce texte pose le principe général du droit à la réutilisation d'informations publiques, désormais énoncé à l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 : « *Les informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1er, quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus* ».

La situation des décisions judiciaires au regard de l'article 10 de la loi de 1978. Les jugements et arrêts judiciaires contiennent-ils des informations de nature publique pouvant faire l'objet d'une réutilisation telle que définie par l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 ? Saisie par une demande de conseil émanant du ministère de la Justice, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs a examiné cette question lors de sa séance du 27 juillet 2010[2444]. La commission a tout d'abord rappelé que « *constituent des informations publiques les informations contenues dans des documents dont l'accès constitue un droit pour toute personne en vertu d'une disposition législative, qui n'ont pas été produits dans le cadre d'un service public à caractère industriel et commercial et sur lesquels aucun tiers ne détient de droits de propriété intellectuelle* ». Les jugements et arrêts judiciaires ne relèvent pas d'un service public à caractère industriel ou commercial et ne sont pas grevés pas des droits d'auteurs dont la propriété appartient à des tiers. Cependant, ces jugements et arrêts ne constituent pas, non plus, des documents administratifs communicables au sens de l'article 2

[2440] J.O. du 26 août 2010, p. 2233.
[2441] Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005.
[2442] Articles 10 à 19 de la loi de 1978.
[2443] Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009.
[2444] CADA, conseil n° 20103040 du 27 juillet 2010.

de la loi de 1978. Cependant, se fondant sur l'article 11-3 du Code de procédure civile, qui dispose que « *les tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement* », la Commission en a déduit que « *l'accès à ces jugements constituent un droit pour toute personne et que ces derniers sont donc constitués d'informations publiques au sens de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978* ».

B. La prise en compte de l'existence d'une publicité hors les murs par le législateur

La finalité exterieure de la publicité accordée à certaines audiences. La publicité donnée à un procès pénal est généralement de nature à porter atteinte à la réputation (la *fama*) de la personne poursuivie, en la présentant publiquement comme ayant commis ou étant suspectée d'avoir commis un fait de nature à susciter la réprobation sociale.

Dans certaines situations, cependant, la publicité peut aussi être perçue par la personne poursuivie ou son conseil comme une protection face à une contrainte abusive. Dans ce contexte, plus la publicité est large, plus la protection peut être envisagée comme importante.

L'audience publique, doit donc aussi être envisagée, dans certaines circonstances, non seulement comme le moyen de garantir les droits de la personne poursuivie dans la procédure qui est menée, mais aussi de garantir sa réputation vis-à-vis de l'extérieur en lui donnant l'occasion de contrebalancer l'apparence donnée par les actes judiciaires ou la diffusion d'informations partielles.

Le postulat d'un secret de l'enquête et de l'instruction garant de la présomption d'innocence, et au sens large de la protection de la réputation de la personne poursuivie, pourrait être pleinement défendu si ce secret existait de manière effective en toutes circonstances et que n'était pas reconnu le droit du public à l'information, y compris sur l'activité judiciaire. Dès lors qu'existe un intérêt légitime du public à être informé sur des procédures judiciaires en cours, y compris pendant la phase d'instruction, ce raisonnement ne tient plus.

Cette remarque vaut en premier lieu pour les personnes se trouvant, par leurs fonctions, dans l'arène publique, ou celles se retrouvant dans un dossier judiciaire dont la connaissance par le public relève d'un intérêt général. Cette situation se rencontre désormais de manière courante en France, depuis une vingtaine d'années, pour ce qui concerne les personnes chargées d'un mandat public ou impliquées dans une affaire à caractère politique. La solution qui consisterait à interdire à la presse, de manière générale, de rendre compte des affaires judiciaires en cours au nom du secret de l'enquête et de l'instruction ne serait pas conforme

aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. De la même manière, le législateur a écarté la préconisation du rapport Truche qui visait à interdire à la presse de rapporter les noms des personnes mises en cause dans une enquête ou une instruction judiciaire : « [J]*e refuse une telle mesure, dont je considère qu'elle constituerait une atteinte grave à la liberté de la presse* » avait tranché Mme Guigou, alors garde des Sceaux, lors de la discussion à l'Assemblée nationale de la loi renforçant la protection d'innocence et le droit des victimes [2445]. Mme Christine Lazerges, de son côté, précisa au sujet du même texte en discussion devant la représentation nationale : « *Nous nous opposerons à l'amendement qui entrave l'information de la presse sur les affaires en cours qui, s'il était appliqué, interdirait de parler de la Commission de Bruxelles, des affaires parisiennes ou du dossier Elf. Il ne faut pas toucher à l'article 9-1 du Code civil. Il faut accepter un espace public contradictoire, où la déontologie et la responsabilité doivent être précisées de manière conflictuelle, dans l'indépendance de la presse vis-à-vis des pouvoirs.* »[2446] L'opposition parlementaire lui répondit, par la voix de M. Albertini : « [N]*otre tradition en matière de procédure pénale a toujours été extrêmement méfiante à l'égard des droits de la défense et de la liberté de la presse. N'oublions pas le contexte de l'élaboration du code d'instruction criminelle* […] *Ce code est imprégnée par une très grande défiance à l'égard des défenseurs de l'accusé. L'enquête, d'ailleurs, commençait quasi systématiquement par une mise en détention. Sous un régime autoritaire, la liberté se mesurait chichement, y compris bien entendu celui de la défense. Il est fondamental, aujourd'hui, de rééquilibrer les plateaux de la balance, de réorienter les principes de notre procédure pénale.* »[2447]

La loi du 15 juin 2000 a introduit le principe de « *fenêtres de publicité* » ou « *fenêtre d'information* », terme qui s'est imposé mais qui – comble pour une fenêtre – obscurcit la question. Car, ce terme désigne indifféremment des éléments procéduraux de nature totalement différente, à savoir une audience juridictionnelle devant le Juge des libertés et de la détention ou la chambre d'instruction, et une communication, en dehors de l'audience et sans règles très précises, du procureur de la République profitant de l'exception au secret de l'enquête et de l'instruction que lui ménage désormais l'article 11 du Code de procédure pénale.

[2445] Assemblée nationale, 1ère séance du 24 mars 1999, J.O. du 25 mars 1999, p. 2784.
[2446] Assemblée nationale, 3e séance du 23 mars 1999, J.O. du 24 mars 1999, p. 2732.
[2447] Même séance, J.0. du 24 mars 1999, p. 2733.

En réalité, pourtant, ces deux mesures pourtant dissemblables partagent un même but : permettre à la justice de communiquer sur des affaires en cours par l'intermédiaire d'un tiers : l'organe de presse.

La prise en compte de l'intérêt général d'une information. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme amène à reconsidérer le raisonnement applicable à la diffusion d'informations en relation avec une procédure judiciaire. La question préalable et centrale devient, nous l'avons déjà écrit : existe-t-il, pour telle affaire, un intérêt général fondant le droit du public d'en être informé ?

La prise en compte de l'intérêt général d'une information et la protection juridique de celle-ci, et incidemment du journaliste qui la révèle ou la diffuse, ont été posées par la Cour européenne des droits de l'homme au paragraphe 54 de son arrêt *Fressoz et Roire contre France* du 21 janvier 1999 : l'article 10 de la Convention « *protège le droit des journalistes de communiquer des informations d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique* »[2448].

Son influence peut être constatée dans un arrêt rendu en 2009 par la chambre criminelle de la Cour de cassation : « *Attendu qu'en décidant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les textes et dispositions conventionnels invoqués, dès lors que, s'agissant de comptes rendus sur des questions d'intérêt général, la garantie de l'article 10, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut bénéficier aux journalistes que si ceux-ci agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit, dans le respect de la déontologie journalistique* »[2449].

L'ère des affaires politico-judiciaires. L'information d'intérêt général connaît un domaine privilégié : les affaires publiques, qu'il s'agisse de la manière dont un élu agit grâce au mandat que lui ont confié les électeurs, à la manière dont il gère le produit de l'impôt. Evidemment, si la conduite de son mandat l'amène à être poursuivi dans le cadre d'une affaire judiciaire, il sera très difficile de considérer que la balance des intérêts en présence, selon la technique de la Cour européenne des droits de l'homme, ne penche pas du côté de la divulgation de cette information à ses électeurs.

[2448] Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France* [Grande chambre], Req. n° 29183/95, § 54.
[2449] Cass. crim., 10 novembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86295.

Dès le milieu des années 1990, la question de la médiatisation des affaires, et surtout des instructions judiciaires devint sensible dans les rangs des parlementaires. Contrecoup des lois d'autoamnisties des 20 juillet 1988[2450] et 15 janvier 1990 largement désapprouvées par l'opinion publique[2451], une tension palpable pouvait être observée à cette époque entre la magistrature et le personnel politique[2452]. L'affaire dite « *Urba* », qui mettait en cause le Parti socialiste au pouvoir, débuta en janvier 1991. Elle n'était que la première d'une longue liste qui allait toucher tous les partis. Dès lors, les instructions mettant en cause des responsables politiques se multiplièrent dans les cabinets d'instruction, les magistrats instructeurs en charge de ces affaires obtenant rapidement une solide notoriété en raison de l'importante couverture médiatique que ces affaires suscitaient[2453]. Les juges d'instruction français se retrouvèrent même investis du pouvoir exorbitant de défaire les gouvernements, dès lors que l'usage s'était installé de voir démissionner les ministres touchés par une inculpation[2454], acte judiciaire qui n'était même pas motivé. Une partie de ces instructions étaient fondées, mais d'autres ont conduit en prison des responsables politiques qui ont bénéficié ultérieurement d'un non-lieu ou d'une relaxe.

[2450] Portant sur les délits liés au financement des partis politiques.

[2451] Selon un sondage CSA réalisé en avril 1990, plus des trois quarts des personnes interrogées trouvaient ces lois d'amnistie « *choquantes* ». FENECH Georges, *Presse Justice, liaisons dangereuses*, p. 105. L'intervention de Mme Lazerges devant l'Assemblée nationale rapportée un peu plus haut s'inscrit dans ce contexte politique.

[2452] Pour une description du rapport entre responsables politiques et magistrats pendant cette période : ROUSSEL Violaine, « Les magistrats dans les scandales politiques », *Revue française de science politique*, 48e année, n° 2, 1998, pp. 245-273.

[2453] Citons pour mémoire et sans être exhaustif : l'inculpation de M. Bernard Tapie dans l'affaire *Toshiba* (juge Boizette), qui le contraint à démissionner du gouvernement Bérégovoy. L'affaire *Botton* (juge Courroye) qui met un terme à la carrière politique du député-maire de Lyon, M. Michel Noir. L'affaire *Heulin*, au Mans (juge Jean-Pierre), qui touche M. Pelat, un proche de M. Mitterrand. L'affaire *Pechiney-Triangle* (juge Boizette), qui conduit à la démission M. Boublil, directeur de cabinet de M. Bérégovoy. Les affaires *OM-Valenciennes* (procureur de Montgolfier, juge Beffy) et *Testut*, concernant à nouveau M. Bernard Tapie. L'affaire *Carignon* (juge Courroye) qui conduit à la démission du gouvernement puis à la condamnation de M. Carignon. Les affaires *Maillard et Duclos* (juges Assonion et Desmure), à Bourg-en-Bresse, celles des *HLM de Paris*, puis des Hauts-de-Seine (juge Halphen), qui met en cause le président de la République, M. Chirac, et le maire de Paris, M. Tibéri. L'affaire des *emplois fictifs de la Ville de Paris* (juges Demusre et Philibeaux) qui aboutit à la condamnation d'un ancien Premier ministre, M. Alain Juppé. L'affaire de la *MNEF* (juges Riberolles et Neher) qui provoque la démission du ministre de l'Economie et des Finances, M. Strauss-Kahn. L'enquête sur le financement du Parti Républicain (juge Filippini, conseiller Van Ruymbeke, juge Zanoto) qui provoque la démission du gouvernement de M. Gérard Longuet, ou encore les affaires *Elf* et *Dumas* (juges Joly et Vichnievsky), qui conduira à la démission le président du Conseil constitutionnel, et *Alcatel* (juge d'Huy).

[2454] Cet usage avait été établi en 1994 lorsque M. Balladur demanda à MM. Longuet, Carignon et Roussin de démissionner du gouvernement en raison de l'inculpation qui les frappait. Cette « *jurisprudence Balladur* » fonda également le départ du gouvernement de M. Dominique Strauss-Kahn en 1999. Cet usage a cependant cessé avec la nomination en juin 2007 de M. André Santini au poste de secrétaire d'Etat à la Fonction publique, alors qu'il était mis en examen dans l'affaire dite de la *fondation Hamon*. « *La mise en examen de M. Santini n'a pas empêché sa nomination au gouvernement* », *Le Monde*, 22 juin 2007. La décision a toutefois été inverse, plus récemment, pour M. Georges Tron.

Une rupture de l'égalité des armes sur la scène publique. C'est dans ce contexte que survint une affaire supplémentaire en mars 1996 à Belfort. Alors que le conseil général qu'il présidait était réuni pour voter son budget annuel, M. Christian Proust, élu MDC[2455], était placé en garde à vue au commissariat de Belfort, dans le cadre d'une enquête relative aux conditions financières d'implantation d'une entreprise dans le département[2456]. Mis en examen le 15 mars 1996, il demeura en détention provisoire pendant deux semaines à la maison d'arrêt de Mulhouse. Fondée sur l'article 199 du Code de procédure pénale, sa demande d'audience publique devant la chambre d'accusation de Besançon, à laquelle il demandait de le remettre en liberté, fut rejetée, alors que son placement en détention avait été relayée nationalement dans les journaux télévisées et que le procureur de la République s'était adressé aux médias en justifiant la décision du placement en détention. Plusieurs années plus tard, M. Proust fut relaxé, mais il tirait toujours de cette expérience l'idée d'une rupture de l'égalité des armes, sur la scène publique, entre une institution judiciaire dont l'action, relayée médiatiquement, donne l'apparence de la culpabilité et une personne mise en examen et placée en détention, qui ne peut pas répliquer et est contrainte au silence. Il écrivait à l'époque des poursuites : « *Le juge utilise le secret de l'instruction contre moi, et plus ma détention durera et plus les gens auront l'impression que le dossier est solide. Le piège est infernal et insupportable. Et il n'y a pas de possibilité de prouver logiquement son innocence. On peut prouver la culpabilité de quelqu'un en deux ou trois phrases. Mais quand il n'y a aucune accusation précise portée, comment prouver son innocence ?* [C]*e secret permet, comme le démontre mon aventure, de faire croire à l'opinion, qui a confiance, dans la justice, à la solidité d'un dossier en prenant les mesures – garde à vue, incarcération – que l'existence d'éléments sérieux conduirait à prendre. Même en leur absence ! »*[2457]

L'amendement Dreyfus-Schmidt : un droit *d'habeas fama*. Le 11 décembre 1996, le sénateur socialiste du Territoire de Belfort, Michel Dreyfus-Schmidt proposa par voie d'amendement la modification de l'article 145 du Code de procédure pénale pour étendre la

[2455] Le *Mouvement des Citoyens*, parti présidé à l'époque par M. Jean-Pierre Chevènement.

[2456] Il s'agit de l'affaire *Gigastorage* qui est ici une bonne illustration du rapport entre des obligations procédurales de discrétion et de silence pesant sur les policiers et les magistrats, obligations qui ont été respectées, et l'apparence de la procédure, visible par tous, c'est-à-dire l'arrivée à l'Hôtel du Département d'un président de Conseil général, dans un cortège de voitures de police, encadré par un groupe de policiers, montant dans le bâtiment pour une perquisition de ses bureaux en passant devant les journalistes initialement présents sur place ce jour là pour rendre compte du vote du budget, au cours d'une séance qu'il aurait dû présider et pour laquelle il était donc difficile de ne pas relever son absence.

[2457] PROUST Christian, *En prison pour l'emploi. L'affaire Gigastorage*, Strasbourg, éd. La Nuée Bleue, septembre 1996, pp. 209 et 231

possibilité de publicité dès le débat contradictoire devant le juge d'instruction. Il voulait aussi inscrire dans la loi l'existence d'un fait justificatif ne permettant pas des poursuites pour violation du secret de l'instruction ou de l'enquête, ou recel de ce secret, dès lors que la divulgation avait pour objet de dénoncer la longueur déraisonnable d'une instruction, ou de répliquer à une mise en cause publique de la part des autorités judiciaires.

En 1996, le juge d'instruction décidait encore seul du placement en détention. Le parlementaire belfortain déclara : « *Il arrive que le secret de l'instruction soit violé dès le départ, par exemple parce qu'un procureur de la République tient une conférence de presse, ce qui n'est pas autorisé par la loi : des circulaires –des circulaires, mais non pas la loi- autorisent les procureurs à faire des communiqués, mais la conférence de presse n'est pas prévue. Quoi qu'il en soit, il est clair que, dès lors, il n'y a plus de secret de l'instruction ; à partir du moment où il est violé, l'instruction se trouve sur la place publique. Est-ce que celui dont on va ainsi savoir, du fait du procureur, qu'il est mis en examen va avoir le droit de se défendre sur la place publique […] Que l'on fasse poursuivre lorsque la violation du secret de l'instruction a pour but de salir quelqu'un, de le « jeter aux chiens »*[2458]*, par exemple, on peut le comprendre ! Mais lorsqu'elle a pour but d'empêcher qu'une affaire soit étouffée ou de permettre à un innocent de s'expliquer, alors que le secret de l'instruction a été violé par le parquet lui-même, il faudrait féliciter le journaliste !* [N]*otre amendement* […] *prévoit qu'il n'y a pas de délit lorsque la remise à un tiers a pour but de dénoncer la longueur déraisonnable de l'instruction ou de répliquer à une information publique relative à la même instruction.* »

La motivation originelle de la première proposition visant à rendre publique, immédiatement après l'inculpation, le débat contradictoire au sujet de la détention, était fondée sur la prise en considération de la réputation, ce que nous pourrions nommer un droit d'*habeas fama*, c'est-à-dire la possibilité de répliquer soi-même aux propos de l'accusation ou aux apparences de la procédure. Sa finalité était de rétablir une égalité des armes sur la scène médiatique, par la tenue d'un débat contradictoire et public organisé par le Code de procédure pénale. Dans l'esprit de Michel Dreyfus-Schmidt, avocat pénaliste, l'audience devait aussi donner à l'avocat un espace d'expression libre, garanti par l'immunité judiciaire posé par l'article 41 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Le raisonnement était très particulier : se servir de

[2458] Allusion du parlementaire à l'allocution prononcée par François Mitterrand, président de la République, lors des obsèques de Pierre Bérégovoy, à Nevers le 4 mai 1993 : « *Toutes les explications du monde ne justifieront pas que l'ont ait pu livrer l'honneur d'un homme et finalement sa vie au prix d'un double manquement de ses accusateurs aux lois fondamentales de notre République, celles qui protègent la dignité et la liberté de chacun d'entre nous* ».

l'audience, qui normalement a pour finalité d'aboutir à une décision relative au sujet débattu, comme d'un moyen permettant de porter la parole et les arguments de la personne poursuivie au-delà des murs du palais de justice.

Le ministre de la Justice s'opposa à l'amendement Dreyfus-Schmidt en indiquant que s'il était favorable « *à la proposition de la mission Jolibois de 1995* » de « *rendre publique systématiquement les audiences de la chambre d'accusation* », il ne l'était pas au sujet du débat contradictoire sur la détention. « *Au moment où le juge d'instruction s'apprête à prendre la décision d'un mandat de dépôt, je considère que, si le débat contradictoire a été un progrès, le fait de le rendre public serait une régression. Ce serait en effet, par définition, prendre cette décision comme tout le monde vient de le dire, à chaud, dans un climat conflictuel, très difficile, sous la pression et non pas dans la sérénité* ».

Ce n'était que partie remise. Le principe de la possibilité d'un débat contradictoire public sur la détention devant le juge des libertés et de la détention a été adoptée par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, avant que cette publicité ne devienne de droit avec la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007.

Le renforcement de la publicité médiate. Les motifs qui ont mené à la publicité de l'audience devant le juge des libertés et de la détention s'inscrivent donc dans un mouvement plus général, qui consiste à ne pas considérer la publicité du procès pénal comme se limitant à l'accès libre du public au prétoire. Ce n'est pas la position classique de la Cour de cassation qui, dansun arrêt du 13 janvier 1869, a jugé que « l*a publicité des débats judiciaires, telle qu'elle a été réglée par les lois constitutionnelles, consiste non dans leur reproduction par la voie de la presse, circonstance accessoire et non essentielle de la publicité, mais dans le libre accès du prétoire ouvert à tous les citoyens, dans la faculté pour chacun d'assister aux audiences et dans le prononcé des jugements à haute voix* »[2459].

[2459] Cass. crim., 13 janvier 1869, Bull. crim. 1869, n° 14.

§ 2. La prise en compte de la déontologie journalistique comme source de droit

Plan. Dans l'arrêt *Fressoz et Roire contre France*, la Cour européenne des droits de l'homme a pris en considération l'éthique ou la déontologie journalistique comme un des éléments pertinents permettant de juger si la protection de l'article 10 de la Convention doit s'appliquer ou non. Ce raisonnement a été repris, dix ans plus tard, par la Cour de cassation (A). En France, la déontologie journalistique, classiquement fondée sur la défense de l'indépendance des journalistes, s'est réorientée pour, conformément au raisonnement de la Cour européenne, placer au premier rang de ses préoccupations le droit du public à être informé, dans le respect des autres droits fondamentaux (B).

A. Une convergence contemporaine entre la jurisprudence européenne et la norme déontologique française

La prise en compte de la déontologie journalistique. Le nouveau paradigme posé par la Cour européenne des droits de l'homme pose comme un élément fondamental la question de l'intérêt général ou non de l'information dont la licéité de la diffusion est disputée. Cette méthode conduit à une pesée, au cas par cas, de la valeur respective des intérêts publics et privés en présence, selon une méthode qui prend en considération une source de droit pendant longtemps inconnue dans notre jurisprudence nationale : la déontologie journalistique. Notre propos s'appuie sur plusieurs constats.

La prise en compte de la norme déontologique par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme doit juger des affaires de droit de la presse intervenant dans des systèmes juridiques très différentes les uns des autres. La plupart des pays du continent européen connaissent une organisation fondée sur le principe de l'autorégulation des médias pour traiter une part plus ou moins étendue du contentieux relatif à la diffusion d'informations par les médias[2460]. L'idée d'une autorégulation journalistique

[2460] L'autorégulation scandinave, qui présente certaines nuances d'un pays à l'autre, diffère du modèle anglais en ce sens que sa création a souvent été spontanée et non orientée par la menace gouvernementale de lois contraignantes.- Les journalistes suédois ont créé de nombreux textes et institutions professionnels : un premier code de déontologie a été écrit en 1923. Un code général de la presse organise les bonnes pratiques

relativement à l'éthique et à la déontologie induit celle d'une volonté non contrainte légalement de se conformer à des règles édictées et respectées par la profession. Les premiers codes de bonne conduite ont été élaborés au début du XXe siècle aux Etats-Unis, avant qu'une démarche similaire soit entreprise en Suède et en France[2461] au lendemain de la Première Guerre mondiale. L'intérêt d'un système autorégulé, selon les journalistes, réside dans le fait qu'elle écarte une intervention directe, donc une pression, de la part de l'Etat en général et du gouvernement en particulier.

De ce point de vue, la France se distingue, en compagnie de la Grèce, du Portugal et de certains pays de l'ancien bloc soviétique, par l'existence d'un système juridique laissant l'intégralité du contentieux relatif à la diffusion d'informations aux seuls tribunaux d'Etat, souvent répressifs[2462]. Or, il n'en est pas de même dans la partie occidentale du continent européen, particulièrement dans les pays scandinaves, anglo-saxons ou de culture protestante où la norme déontologique régule la matière, notamment par l'intervention de conseils de presse composés principalement de journalistes et d'éditeurs. La Cour européenne a pris en considération cet élément dans sa jurisprudence. Dans cette dernière, la norme déontologique est perçue comme une source de droit nationale, au même titre que la loi interne. Chaque affaire doit donc être jaugée en fonction des normes déontologiques en vigueur dans le pays où le contentieux survient. Cette prise en compte s'inscrit dans une formulation générale, celle de l'arrêt *Fressoz et Roire*, dont le dernier terme pose le principe de la prise en compte de la déontologie ou de l'éthique journalistique. La Cour européenne prend régulièrement en considération la déontologie journalistique et les avis des conseils nationaux de presse pour fonder ses propres décisions[2463]. Mieux, elle est arrivée à rendre des décisions fondées sur la seule norme déontologique de la profession journalistique, sans du tout intégrer d'autres

---

professionnelles, le statut du journaliste et les règles relatives à la publicité. La bonne observation des règles est suivie par des instances dédiées, dont un conseil de presse (*Pressens opinionsnämnd)*, composé de quatre juristes, deux représentants des journalistes, quatre représentants des éditeurs et de quatre représentants de la société civile. Le conseil a un pouvoir de sanction, peut prononcer des amendes pécuniaires, et fait publier ses décisions dans les journaux. Un bureau de l'Ombudsman (*Allmaänhetens Pressombudsman)* créé en 1969, reçoit à des fins de médiation les plaintes du public contre les journaux. - L'autorégulation se combine avec des lois contraignantes en Allemagne, Italie, Suisse, Espagne. Un processus d'autorégulation a été engagé en Slovénie, Roumanie, Pologne, Lituanie. Une volonté d'autorégulation existe en Turquie, mais a des difficultés à produire des effets.

[2461] C'est le « *petit code des devoirs professionnels des journalistes* » de 1918, devenu la « *Charte du journaliste* » toujours reçu par les journalistes français comme l'un des textes de référence du métier.

[2462] HARASZTI Miklos, *Le guide pratique de l'autorégulation des médias*, Bureau du Représentant pour la liberté des médias, Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE), Vienne, 2008, pp. 54-55.

[2463] Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse* [Grande chambre], Req. n°69698/01, §§ 22 à 24, 103, 104, 122, 123, 127, 128, 133.- L'arrêt Stoll est en grande partie constitué par les principes de la déclaration des droits et devoirs des journalistes suisses et par le raisonnement du Conseil de la presse suisse, repris à son compte par la Cour européenne des droits de l'homme, par la formule plusieurs fois répétée : « *A l'instar du Conseil de la presse* […] »

sources de droit que celle-ci dans son raisonnement[2464]. Dès lors que la déontologie journalistique est prise en compte comme source de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et que la Cour de cassation prend en considération la jurisprudence de la Cour européenne dans ses propres décisions, la voie était ouverte pour que la déontologie journalistique s'installe comme source de droit dans la jurisprudence nationale.

La prise en compte de la norme déontologique par la Cour de cassation. Pendant très longtemps, la déontologique journalistique a été totalement inconnue du raisonnement de la Cour de cassation. Subitement, fin 2009, elle est apparue dans plusieurs décisions rendues par des chambres différentes[2465]. Dans un arrêt du 10 novembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la protection conventionnelle des journalistes ne valait que si « *ceux-ci agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et digne de crédit, dans le respect de la déontologie journalistique* »[2466]. Dans une décision du 15 décembre 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé que le fait qu'un journaliste mette en avant ses obligations déontologiques pour ne pas obéir à des instructions de ses supérieurs ne saurait constituer une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise[2467]. Le non respect de la déontologie journalistique peut aussi permettre de fonder une condamnation pour parasitisme, dans des situations où le droit d'auteur ne trouve pas à s'appliquer[2468].

Le mouvement est discret, et la norme déontologique vient conforter des décisions rendues sur d'autres sources de droit plutôt que véritablement créer de nouvelles solutions. Cependant, l'implantation a été réalisée. Un embryon de source de droit déontologique existe dans notre droit national en matière de droit de la presse, qui ne demande qu'à croître à mesure que le paradigme ancien, fondé sur des prévisions légales d'interdiction ou d'autorisation s'appliquant à des catégories entières de situation, risque de s'effacer au profit d'une pesée au cas par cas des intérêts en présence, selon la méthode prônée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

[2464] Cour EDH, 6 juillet 2010, *Niskasaari c. Finlande* [Quatrième section], Req. n° 37520/07, § 74 : PIOT Philippe, « Ne pas respecter la déontologie est une faute, à réprimer de façon proportionnée », *Gaz. Pal.*, n° 273, 30 septembre 2010, p. 24.

[2465] PIOT Philippe, « La déontologie journalistique, une source de droit juridiquement indéfinie », *Gaz. Pal.*, n° 63, 4 mars 2010, pp. 21-22.

[2466] Cass. crim., 10 novembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86295.

[2467] Cass. soc., 15 décembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-44222.

[2468] Cass. civ. 1, 22 octobre 2009, Bull. civ. I 2009, n° 209 : PIOT Philippe, « Application de la théorie du parasitisme à des comportements déloyaux en matière de reprise d'information de presse », *Gaz. Pal.*, n° 63, 4 mars 2010, pp. 22-23.

Constater l'existence de la déontologie en tant que source de droit est une chose, définir le contenu de cette norme est autrement compliqué.

Une norme au croisement de plusieurs obligations. L'activité du journaliste se retrouve donc au croisement de trois sources d'obligations juridiques ou morales : l'éthique de l'information, qui renvoie à des principes généraux de nature professionnelle s'inscrivant dans une théorie générale des médias [2469] ; le droit, constitué de normes juridiquement contraignantes ; et la déontologie, au sens de « *science de la morale* »[2470], constituée de prescriptions précises énoncées par la profession et répondant aux principales situations pouvant être rencontrées par ses membres.
Plusieurs textes renvoient à la déontologie journalistique. Pour les journalistes français, elle est traitée par un texte de référence : la Charte de 1918 du Syndicat des journalistes.

La Charte de 1918. Pour les journalistes français, la déontologie professionnelle se rapporte à un texte principal de référence : la Charte des devoirs professionnels des journalistes français adoptée en 1918[2471], également nommé « *Code de l'honneur professionnel* »[2472]. Ce texte initial prévoyait un certain nombre d'interdiction dans une perspective évidente de moralisation de la profession journalistique : prohibition de la calomnie et de la diffamation, loyauté dans la collecte des informations, interdiction des conflits d'intérêts, nette différenciation entre les articles rédactionnels et publicitaires, interdiction du plagiat, obligation de garder le secret professionnel (notamment sur ses sources) « *même en justice* », interdiction d'utiliser sa fonction de journaliste « *dans un but intéressé* ».
Ce n'est, cependant, pas ce texte initial que les journalistes français visent comme première référence déontologique, mais la version remaniée – en fait, très largement réécrite- en janvier 1938 que voici :
« *Un journaliste, digne de ce nom,*
– prend la responsabilité de tous ses écrits, même anonymes ;
– tient la calomnie, les accusations sans preuves, l'altération des documents, la déformation des faits, le mensonge pour les plus graves fautes professionnelles ;
– ne reconnaît que la juridiction de ses pairs, souveraine en matière d'honneur

[2469] LIBOIS Boris, *Ethique de l'information : essai sur la déontologie journalistique*, Collection de philosophie juridique et politique, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994, pp. 6-8.
[2470] BENTHAM Jeremy, Déontologie ou science de la morale, vol. 1, Bruxelles, Méline, 1834, p. 27 : « *La tâche du moraliste éclairé est de démontrer qu'un acte immoral est un faux calcul de l'intérêt personnel* […] »
[2471] Reproduit in BILLY André, PIOT Jean, *Le monde des journaux*, Paris, Crès, 1924, pp. 179-180.
[2472] 4° de la Charte.

professionnel ;
– n'accepte que des missions compatibles avec la dignité professionnelle ;
– s'interdit d'invoquer un titre ou une qualité imaginaires, d'user de moyens déloyaux pour obtenir une information ou surprendre la bonne foi de quiconque ;
– ne touche pas d'argent dans un service public ou une entreprise privée où sa qualité de journaliste, ses influences, ses relations seraient susceptibles d'être exploitées ;
– ne signe pas de son nom des articles de réclame commerciale ou financière ;
ne commet aucun plagiat, cite les confrères dont il reproduit un texte quelconque ;
– ne sollicite pas la place d'un confrère, ni ne provoque son renvoi en offrant de travailler à des conditions inférieures ;
– garde le secret professionnel ;
– n'use pas de la liberté de la presse dans une intention intéressée ;
– revendique la liberté de publier honnêtement ses informations ;
– tient le scrupule et le souci de la justice pour des règles premières ;
– ne confond pas son rôle avec celui du policier ».
Le « *tribunal professionnel* » a disparu, au profit de la reconnaissance exclusive de la « *juridiction des pairs* » en matière d'honneur professionnel.

La Charte de Munich. La « *Déclaration des devoirs et des droits des journalistes* » [2473], dite Charte de Munich, du 24 novembre 1971, est peu utilisée dans les débats déontologiques se déroulant au sein des rédactions françaises. Pourtant, ce texte, dans l'écriture duquel les journalistes français ont largement tenu leur rôle, est intéressant à plusieurs titres : reconnu internationalement, il a servi de modèle, à partir des années 1990, aux règles déontologiques élaborées dans les anciens pays du bloc soviétique passant à un régime libéral et a permis l'émergence d'un « *tronc commun* » déontologique sur l'ensemble du continent. Il est, sans doute, le texte déontologique le plus en phase avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il détaille les devoirs mais aussi les droits, notamment à l'indépendance des journalistes, dans une perspective déjà moderne puisqu'elle poursuit la finalité sociale de respecter le droit à l'information du public.
La Charte de Munich énonce dix devoirs et cinq droits :

[2473] Ce texte a été signé le 25 novembre 1971 à Munich par les syndicats de journalistes de la Communauté européenne, ainsi que ceux de la Suisse et de l'Autriche. Elle a été adoptée par la Fédération Internationale des Journalistes (FIJ), qui représente actuellement environ 600.000 journalistes répartis dans une centaine de pays, et qui siège comme organisation consultative à l'Assemblée générale des Nations unies et comme organisation associée à l'UNESCO.

« […] *Déclaration des devoirs*

Les devoirs essentiels du journaliste, dans la recherche, la rédaction et le commentaire des événements, sont :

1) *respecter la vérité, quelles qu'en puissent être les conséquences pour lui-même, et ce, en raison du droit que le public a de connaître ;*

2) *défendre la liberté de l'information, du commentaire et de la critique ;*

3) *publier seulement les informations dont l'origine est connue ou les accompagner, si c'est nécessaire, des réserves qui s'imposent ; ne pas supprimer les informations essentielles et ne pas altérer les textes et les documents ;*

4) *ne pas user de méthodes déloyales pour obtenir des informations, des photographies et des documents ;*

5) *s'obliger à respecter la vie privée des personnes ;*

6) *rectifier toute information publiée qui se révèle inexacte ;*

7) *garder le secret professionnel et ne pas divulguer la source des informations obtenues confidentiellement ;*

8) *s'interdire le plagiat, la calomnie, la diffamation, les accusations sans fondement ainsi que de recevoir un quelconque avantage en raison de la publication ou de la suppression d'une information ;*

9) *ne jamais confondre le métier de journaliste avec celui du publicitaire ou du propagandiste ; n'accepter aucune consigne, directe ou indirecte, des annonceurs ;*

10) *refuser toute pression et n'accepter de directives rédactionnelles que des responsables de la rédaction.*

Tout journaliste digne de ce nom se fait un devoir d'observer strictement les principes énoncés ci-dessus ; reconnaissant le droit en vigueur dans chaque pays, le journaliste n'accepte, en matière d'honneur professionnel, que la juridiction de ses pairs, à l'exclusion de toute ingérence gouvernementale ou autre.

Déclaration des droits

1) *Les journalistes revendiquent le libre accès à toutes les sources d'information et le droit d'enquêter librement sur tous les faits qui conditionnent la vie publique. Le secret des affaires publiques ou privées ne peut en ce cas être opposé au journaliste que par exception en vertu de motifs clairement exprimés.*

2) *Le journaliste a le droit de refuser toute subordination qui serait contraire à la ligne générale de son entreprise, telle qu'elle est déterminée par écrit dans son contrat d'engagement, de même que toute subordination qui ne serait pas clairement impliquée par cette ligne générale.*

3) *Le journaliste ne peut être contraint à accomplir un acte professionnel ou à exprimer une opinion qui serait contraire à sa conviction ou sa conscience.*

4) *L'équipe rédactionnelle doit être obligatoirement informée de toute décision importante de nature à affecter la vie de l'entreprise.*

Elle doit être au moins consultée, avant décision définitive, sur toute mesure intéressant la composition de la rédaction : embauche, licenciement, mutation et promotion de journaliste.

5) *En considération de sa fonction et de ses responsabilités, le journaliste a droit non seulement au bénéfice des conventions collectives, mais aussi à un contrat personnel assurant sa sécurité matérielle et morale ainsi qu'une rémunération correspondant au rôle social qui est le sien et suffisante pour garantir son indépendance économique* ».

La plupart des pays dont les Etats sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme possèdent des codes de déontologie journalistique, reconnus dans chacun de ces pays, dont la synthèse permet de voir émerger des principes directeurs communs à l'ensemble des journalistes du continent.

Les principes directeurs communs aux codes nationaux de déontologie. Chercheuse finlandaise spécialisée dans l'étude des médias, Mme Tina Laitila a comparé le contenu de 31 codes de déontologie rédigés par des journalistes dans 29 pays d'Europe. Elle en a tiré la conclusion qu'existaient des principes communs à la majorité d'entre eux[2474].

Ces principes sont :

- le respect de la véracité de l'information
- la défense des droits liés à la liberté d'expression et d'information
- le respect du principe d'égalité et le refus des discriminations

[2474] LAITILA Tina, *Codes of Ethics in Europe*, in NORDENSTRENG Kaarle (dir.), *Reports on Media Ethics in Europe*, vol. 41 de *Julkaisuja, Department of Journalism and Mass Communication, University of Tempere* , 1995, pp 23-80. L'ensemble des codes et des textes déontologiques des journalistes des pays européens sont accessibles en version originale et en traduction anglaise sur un site Internet géré par l'Université de Tempere (www.ethicnet.uta.fi). Le site anglais de *Media Wise* propose également une mise à disposition des règles éthiques des journalistes dans soixante pays (www.mediawise.org.uk).

– la loyauté dans la manière d'obtenir l'information

– le respect de l'intégrité des informations données par les sources, le respect du droit d'auteur, le respect des règles de citation

– l'indépendance du journaliste se traduisant par le refus de toute influence extérieure sur son travail et le droit à la clause de conscience vis-à-vis de son employeur, son intégrité notamment au regard d'avantages financiers ou de faveurs particulières, la protection de ses sources lorsque la confidentialité est requise.

Mme Laitila relève que les plus grandes similitudes concernent la question de la responsabilité des journalistes envers le public et les sources, ainsi que celle de leur indépendance vis-à-vis des interférences extérieures. Sur ces points, les codes déontologiques présentent des caractères très proches en reprenant des dispositions qui existaient déjà dans la Charte de Munich. L'ensemble des codes énoncent 61 principes éthiques. 24 de ces principes se retrouvent dans plus de la moitié des codes étudiés et peuvent se classer selon les catégories énoncés ci-dessus.

Le principe de vérité de l'information peut être reçu comme la première et la principale obligation des journalistes[2475]. *« Respecter la vérité »* figure d'ailleurs au premier rang des devoirs déontologiques énoncés par la Charte de Munich. Le droit à l'erreur doit être reconnu, mais cette erreur doit avoir été commise de bonne foi[2476] et s'accompagner d'un droit de rectification admis spontanément par le journaliste au profit de la personne mise en cause[2477], avec le souci d'un parallélisme des formes[2478]. Cette démarche déontologique est à distinguer du droit de réponse qui, lorsqu'il existe dans les législations nationales, découle d'une contrainte exercée par l'Etat, puisque son non-respect est de nature à entraîner une sanction juridique pour les journaux[2479]. Mme Laitila relève que le principe de « *véracité, d'honnêteté*

[2475] GUEDJ Alexandre, *Le respect du principe de vérité de l'information*, in *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international* (thèse), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 206-254.

[2476] Ce que ne peut pas revendiquer un journaliste qui présente volontairement comme véridique une information qu'il sait être inexacte.

[2477] C'est le point 6 des devoirs du journaliste dans la Charte de Munich.

[2478] Cette appréciation relève de la déontologie journalistique et diffère selon les pays. Lors du colloque organisé par *l'association Presse Liberté*, La presse et la justice, p. 61, M. Franz-Olivier Giesbert notait, citant l'exemple du *New York Times*, l'existence d'une page complète dédiée aux rectificatifs dans les journaux américains. Cette démarche « *... va* […] *à l'encontre de la mentalité française. Les rectificatifs ne sont pas appréciés des journaux français alors que la presse anglo-saxonne en est pleine* ».

[2479] Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté dès le 2 juillet 1974 une résolution sur le droit de réponse, en considérant qu'il était « *souhaitable de mettre à la disposition de l'individu des moyens adéquats pour le protéger contre les informations contenant des faits inexacts le concernant et de le doter d'un recours contre la publication des informations* ». La rectification doit bénéficier « *autant que possible, de la même importance que la publication initiale* ». Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution (74) 26.

et d'exactitude des informations » figurent de manière expresse dans 90 % de ces textes déontologiques[2480].

Les résolutions faisant référence à l'éthique journalistique. La résolution 428 (1970), adoptée en 1970 [2481] par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe déclare souhaitable d'instituer dans chaque pays une formation professionnelle organisée par les journalistes eux-mêmes, un code de déontologie, un conseil de presse et insiste particulièrement sur les « *mesures destinées à protéger l'individu contre toute ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée* ».

La Résolution 1003 (1993) relative à l'éthique du journalisme a été adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 1er juillet 1993. Ce texte pose le principe de la différenciation entre nouvelles et opinions. Les premières « *sont des informations, des faits et des données* », les secondes des « *sont l'expression de pensées, d'idées, de croyances ou de jugements de valeur par les médias, les éditeurs ou les journalistes* ». [2482] Le principe de véracité y est central en matière d'éthique journalistique. Les nouvelles ne doivent être diffusées qu' « *après avoir fait l'objet des vérifications de rigueur, et doivent être exposées, décrites et présentées avec impartialité.* »[2483] L'expression d'opinions, en revanche, « *peut consister en réflexions ou commentaires sur des idées générales, ou se référer à des commentaires sur des informations en rapport avec des événements concrets. Mais, s'il est vrai que l'expression d'opinions est subjective et que l'on ne peut ni ne doit exiger la véracité, on peut exiger en revanche que l'expression d'opinions se fasse à partir d'exposés honnêtes et corrects du point de vue éthique* […] *Les opinions sous forme de commentaires sur des événements ou des actions ayant trait à des personnes ou des institutions ne doivent pas viser à nier ou à cacher la réalité des faits ou des données »*[2484]*. Les droits des médias découlent de ceux des « destinataires » de l'information, c'est-à-dire « des citoyens.* »[2485] L'information n'appartient ni aux pouvoirs publics, ni aux journalistes, ni aux éditeurs, ni aux patrons de presse, mais aux citoyens qui doivent être considérés comme « *des personnes et non comme une masse*. » [2486] Les médias ou les journalistes ne doivent pas être considérés comme

[2480] LAITILA Tina, *Journalistic Codes of Ethics in Europe*, *European Journal of Communication*, SAGE Publications, 10e année, vol. 4, 1er décembre 1995, pp. 527-544.
[2481] Résolution 428 (1970) *portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme*, adoptée le 23 janvier 1970 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
[2482] Article 3.
[2483] Article 4.
[2484] Articles 5 et 6.
[2485] Article 7.
[2486] Articles 9, 15 et 16.

représentatifs de l'opinion publique. Ils ne peuvent pas être érigés en pouvoir ou en contre-pouvoir, ce qui mènerait à créer une « médiocratie », sans que ces médias « *soient représentatifs des citoyens, ni assujettis aux contrôles démocratiques comme les pouvoirs publics.* »[2487] La légitimité du journalisme « *réside dans le respect effectif du droit fondamental des citoyens à l'information dans le cadre du respect des valeurs démocratiques.* »[2488] Le « *journalisme d'investigation légitime trouve ses limites dans la véracité et l'honnêteté des informations et des opinions, et il est incompatible avec toute campagne journalistique réalisée à partir de prises de position a priori et au service d'intérêts particuliers.* »[2489] Les journalistes doivent, en toutes circonstances, respecter la présomption d'innocence « *principalement lorsqu'il s'agit d'affaires en instance de jugement.* »[2490]

Cette résolution est sans incidence sur la profession journalistique, qui ne la reconnaît pas dès lors qu'elle a été élaborée par des personnes étrangères à la profession. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ne lui a pas donné de suite et la Cour européenne des droits de l'homme n'y fait pas référence dans sa jurisprudence lorsqu'elle évoque l'éthique des journalistes.

Les doutes sur l'existence d'une déontologie journalistique. En France, la déontologie journalistique n'est pas la conséquence de règles édictées par un ordre et dont la violation est sanctionnée par un conseil de presse. De ce point de vue, il est possible de conclure que la déontologie journalistique n'existe pas, ou comme l'écrit Mme Lavric : « *si par déontologie, on désigne la norme dont l'irrespect produit une sanction par les « pairs », on doit, en matière de journalisme conclure, à son absence* »[2491].

B. Le changement d'orientation de la déontologie des journalistes français

Une déontologie construite en France contre le pouvoir politique. La déontologie des journalistes s'est toujours construite contre les pressions du pouvoir politique, jamais à sa demande. L'essence même du journalisme est d'entretenir avec le pouvoir un rapport

[2487] Article 22.
[2488] Article 23.
[2489] *Idem.*
[2490] Article 24.
[2491] LAVRIC Sabrina, « Déontologie journalistique : simple formule magique ? », *le blog Dalloz* : http://blog.dalloz.fr/2008/04/deontologie-journalistique-simple-formule-magique/

d'altérité, pas de s'y fondre ou de s'y conformer aveuglément. La question est particulièrement sensible en France[2492]. Pour autant, établir le journalisme comme un « *contre-pouvoir* » par nature est sans doute aller un peu vite en besogne. Comme le souligne M. le Professeur Marcel Gauchet : « *Le journalisme n'est pas, à proprement parler, le contre-pouvoir. Il n'est que la force qui permet au contre-pouvoir d'advenir et de fonctionner, indépendamment de lui, bien que ce soit au travers de lui, le contre-pouvoir proprement dit résidant la censure virtuelle des pouvoirs en place par l'opinion publique, figure de substitution, à la fois évocatrice et anticipatrice, du corps électoral* »[2493].

La Charte de 1918 est une réaction de la profession, qui commença à s'organiser sur ce point dès 1916, face au « *bourrage de crâne* », c'est-à-dire la transformation des journaux en outils de propagande lors de la Première Guerre mondiale[2494], mais aussi, ce que les journalistes rappellent moins, contre un certain nombre de dérives individuelles[2495]. La loi Brachard de 1935 est l'aboutissement d'une revendication visant à garantir une forme d'indépendance des journalistes, par la création d'un statut et d'une commission paritaire chargée d'attribuer, chaque année, la carte d'identité professionnelle[2496]. Celle-ci, cependant, est restée en dehors du contentieux déontologique. Un ordre des journalistes a existé quelques années en France, le temps du régime de Vichy. A la Libération, la Commission de la carte a été transformée en comité d'épuration[2497], mais cette courte période passée, elle retrouva un rôle purement

---

[2492] MUHLMANN Géraldine, « Le gros mot de contre-pouvoir », *Pouvoirs*, n° 119, 2006, p. 57 : « *Il y a une difficulté française à consentir sans aigreurs d'estomac à l'idée que peuvent et doivent exister, en démocratie, à travers la liberté de la presse notamment, des pratiques qui se situent dans une réelle extériorité par rapport aux pouvoirs institutionnels* ».

[2493] GAUCHET Marcel, « Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir », in *Le Débat*, n° 138, « La société des médias, I », janvier-février 2006, pp. 17-29

[2494] Il est à noter que la Charte de 1918 a été adoptée par le Syndicat des journalistes alors que la guerre n'était pas terminée. Le syndicat a été créé la 10 mars 1918, la charte a été publiée en juillet. D'autres organisations représentatives des journalistes existaient avant 1918 : l'association de la presse républicaine départementale (1879), l'association des journalistes républicains français (1881), l'association de la presse monarchique et catholique départementale (1882), l'association professionnelle des journalistes parisiens (1884), mais le Syndicat des journalistes a été le premier a placer la déontologie professionnelle au cœur de ses préoccupations.

[2495] Notamment sur la question du paiement de certains journalistes, parfois par les personnes en cause, pour diffuser ou retenir une information, du plagiat, du chantage à la publication et de l'absence de limite entre information et publicité commerciale. Par exemple, au sujet d'un journaliste parisien célèbre au début du XXe siècle, André Billy et Jean Piot écrivaient : « *M. de Rothschild lui-même tremblait devant* [ce] *chroniqueur, au point qu'il ne croyait pas faire une trop mauvaise affaire en lui servant* […] *une pension annuelle de six mille francs, à charge, pour Scholl, d'égratigner bénignement de temps à autre son fastueux mécène* » : BILLY André, PIOT Jean, *Le monde des journaux*, Paris, Crès, 1924, p. 79.

[2496] La Commission de la Carte d'Identité des Journalistes Professionnels (CCIJP).- VALENTIN François, *Un essai d'organisation professionnelle par voie législative. Le statut des journalistes*, Thèse, Nancy, Berger-Levrault, 1936.- La première commission a été installée en 1936. La première convention collective des journalistes professionnels a été signée en 1937.

[2497] 8.200 dossiers ont été traités et 687 suspensions ont été prononcées.

technique d'attribution de la carte, sans compétence éthique ou déontologique[2498]. Pendant les décennies suivantes et jusqu'à la fin du XXe siècle, pour une profession qui avait gardé le souvenir de cette période, toute expression de l'idée de création d'un ordre des journalistes ou d'un conseil de presse chargé de la question déontologique, tournait court dès lors qu'il se trouvait toujours quelqu'un pour rappeler l'épisode douloureux de l'Occupation : mieux aurait valu parler de cordes dans la maison d'un pendu.

Cette question, cependant, connaît, depuis les années 1990[2499], un regain d'intérêt avec une question déontologique qui change de nature. En France, la déontologie journalistique était d'abord un ensemble de règles internes à une profession dont l'esprit était constitué par la résistance à un pouvoir principalement politique mais aussi financier, toujours prompt, à toute époque, à s'insinuer dans le fonctionnement des rédactions et le contenu des journaux. Par ailleurs, la reconnaissance des pairs, donc en réalité la défiance envers l'administration et les tribunaux pour ce qui concerne notamment les procès politiques, s'explique par le souvenir que garde la profession des atteintes à la liberté de la presse lors des différentes périodes « *d'exception* » traversées par le pays depuis 150 ans[2500].

Le rapport Charon. M. le Professeur Charon a remis, le 8 juillet 1999, un rapport intitulé « *réflexions et propositions sur la déontologie de l'information* » au ministre de la culture et de la communication[2501]. Relevant que les Français doutent de l'information qui leur est dispensée[2502], M. Charon souligne que moins d'un Français sur trois croit à la capacité des journalistes à résister à la pression du pouvoir (32%) ou de l'argent (26 %)[2503]. Pour le chercheur, les reproches que forment prioritairement la population à l'encontre des journalistes sont, dans l'ordre : les atteintes à la vie privée, notamment pour les personnes se

---

[2498] CHARRON Jean-Marie, « L'éthique des journalistes au XXe siècle », *Le Temps des médias*, n° 1, 2003, pp. 203-204.

[2499] La question de la déontologie a refait surface avec la révolution roumaine, en 1989, et l'épisode du faux charnier de Timisoara, et a été confortée par le traitement de la première guerre du Golfe puis par plusieurs affaires de reportages truqués ou d'exploitation très contestables de faits divers ou d'affaires judiciaires.

[2500] BARTHELEMY Christophe, « Les saisies de journaux en 1958 », in GERVEREAU Laurent, STORA Benjamin (Sous la dir.), *La France en guerre d'Algérie novembre 1954-juillet 1962*, catalogue d'exposition organisée par le Musée d'Histoire contemporaine de la Bibliothèque de documentation internationale, Paris, 4 avril – 28 juin 1992, pp. 122-126.- Pour une vision complète du sujet : ORY Pascal, ABIRACHED Robert, *La censure en France à l'ère démocratique (1848-)*, Paris, Editions Complexe, 1997, 357 p.

[2501] CHARON Jean-Marie, *Réflexions et propositions sur la déontologie de l'information*, Paris, Ministère de la Culture et de la Communication, 8 juillet 1999, 86 p : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/994001381/0000.pdf

[2502] Pour les personnes diplômées de l'enseignement supérieur, la part de celles qui doutaient, en 1998, de l'information diffusée au sujet du Kosovo atteignait 62 %. Sondage CSA cité in CHARON Jean-Marie, Réflexions et propositions etc., *op. cit.*, p. 6.

[2503] Sondage Sofres de 1998, cité in Charon Jean-Marie, *Réflexions et propositions* etc., *op. cit.*, p. 6.

trouvant sous le feu de l'actualité en raison d'une affaire judiciaire ou d'un fait divers ; les atteintes à la présomption d'innocence ; le manque de fiabilité de l'information diffusée (erreurs, inexactitudes…) ; l'exposition du public à la violence (principalement par l'image) ; la recherche prioritaire du spectaculaire dans le traitement de l'information ; l'irresponsabilité ou la légèreté de journalistes s'abritant derrière la liberté d'expression pour diffuser des informations sans s'inquiéter de leurs conséquences ; le refus de la profession de se remettre en cause, de discuter et de prendre en considération les critiques du public[2504]. M. Charon relève aussi les éléments communs aux différents textes de nature déontologique pris en compte par les journalistes français, d'où émergent les principes suivants : ne pas tromper le public, s'interdire le spectaculaire, s'interdire d'inciter à la discrimination, rectifier les erreurs publiées, garantir le secret des sources, ne pas utiliser de procédés déloyaux, respecter la vie privée, refuser la calomnie ou l'injure, ne pas altérer les pièces ou documents recueillis, préciser les sources, ne pas porter d'accusations sans preuves, distinguer les faits rapportés et les commentaires ou les opinions, reconnaître la juridiction de ses pairs, s'interdire le plagiat, ne pas tenter de prendre la place d'un autre journaliste, refuser les cadeaux, voyages ou privilèges, ne pas se trouver en situation de conflit d'intérêts[2505].

M. Charon préconise : une formation de base des journalistes au droit et à la déontologie[2506], la mise en place de médiateurs entre les rédactions et le public et des rencontres régulières des médiateurs, des débats professionnels relatifs à l'information, un observatoire de l'information, le soutien public à un mouvement de réaffirmation de principes de traitement de l'information.

La Commission Frappat. M. Sarkozy a exprimé le souhait, en 2009, que soit écrit un « *code de déontologie* » des journalistes. Le président de la République a lié l'élaboration d'un tel texte au déblocage d'aides financières à destination de la presse [2507]. Une commission présidée par M. Bruno Frappat a planché sur le sujet. Elle s'est séparée le 15 juin 2011 sans avoir mené le projet à son terme, puisque les éditeurs de journaux ont refusé que ce texte soit

[2504] *Ibid*., pp. 7-8.

[2505] Pour une illustration du chemin restant à parcourir, cette enquête sur les journalistes spécialisés en économie, réalisée par le *CFPJ* et le *cabinet Delloitte & Touche* en 1996 : 52,4 % déclaraient ne pas toujours croiser leurs sources, 40,38 % ne vérifiaient pas toujours les chiffres fournis par leurs sources, 46,8 % reconnaissaient ne pas savoir lire les comptes d'une entreprise et 76,4 % ne pas connaître le droit du travail et des affaires : *Médiapouvoirs*, 3ème et 4ème trimestre 1996, pp. 176 à 189.

[2506] En 1999, moins de 15% des journalistes sortaient d'une école de journalisme. Moins de 18 % des journalistes diplômés du supérieur avaient suivi un cours de droit ou de sciences politiques : CHARON Jean-Marie, *Réflexions et propositions* etc., *op. cit, p. 30.*

[2507] *Le Monde*, « L'Elysée pousse à la rédaction d'un code de déontologie pour les journalistes », 7 mai 2009.

annexé à la Convention collective nationale des journalistes. Les syndicats de journalistes se sont déclarés hostiles au mode d'élaboration du texte[2508].

La proposition de loi Mancel. M. Jean-François Mancel, député, a déposé, le 13 juillet 2011, une proposition de loi visant « *à instituer un conseil national de déontologie journalistique* »[2509]. Les motifs de cette proposition débutent ainsi : « *Les exemples ne manquent pas pour illustrer les excès auxquels certains journalistes peuvent succomber. Les atteintes au secret de l'instruction, au secret défense, à la dignité et à la vie privé de la personne sont autant d'abus qui ont connu une certaine recrudescence ces dernières années* ». Le propos est surprenant : en quoi est-il nécessaire de créer un conseil national de déontologie pour réagir à des excès qui sont, pour ceux cités par le parlementaire, tous prévus et réprimés par la loi et dont le contentieux appartient aux tribunaux civils et répressifs ? Sauf à constater que les tribunaux, dès lors qu'ils adoptent la méthode de la mise en balance des intérêts en présence peuvent faire prévaloir l'intérêt général au bénéfice du journaliste. A suivre l'exposé des motifs de la proposition de loi de M. Mancel, un « *conseil national de déontologie* », composé de seulement sept journalistes sur vingt-et-un membres, devrait-il sanctionner ce que les tribunaux refuseraient de condamner ? Il n'est, dès lors, par difficile de comprendre que cette proposition de loi a été très mal accueillie par la profession[2510], d'autant qu'elle a été déposée par un parlementaire qui a été l'un des principaux soutiens de M. Eric Woerth, lors de l'affaire qui a touché ce dernier avant de provoquer son départ du gouvernement[2511].

[2508] Motion du SNJ adoptée le 16 octobre 2010 lors de son congrès national : « *Pour le SNJ, c'est à la profession – et à elle seule- de traduire ses principes déontologiques dans un texte qui serait reconnu par tous, journalistes, hiérarchies rédactionnelles et éditeurs* » : http://www.snj.fr/rubrique.php3?id_rubrique=32 .- La CFDT, pour sa part, a rejeté le texte en le qualifiant de « projet Sarkozy-Frappat » : http://www.journalistes-cfdt.fr/charte-1918/projet-sarkozy-frappat.html - Même rejet chez FO, qui demande l'annexion de la charte de Munich aux conventions collectives : http://www.journalistesfo.fr/La-deontologie-du-journaliste-c -

[2509] Document n° 3679, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 juillet 2011.

[2510] Réaction de M. Olivier De Lage, vice-président de la Fédération Internationale des Journalistes (FIJ) : « *Résumons-nous : l'État nomme un tiers des membres du Conseil national de déontologie, mais de plus, il rajoute à la liste un haut fonctionnaire qui prend part aux votes. Si ce n'est pas le retour au ministère de l'Information, cela y ressemble diantrement* […] *L'article 8 précise qu'une fois rédigé, le Code sera édicté sous la forme d'un décret en conseil d'État* […] *le Code a vocation à être traduit en décret («* édicté *», précise le texte, par référence aux édits, ces décrets de l'Ancien Régime) ce qui en ferait un code de déontologie d'État !* », http://www.dalage.fr/

[2511] Les rapports de MM. Mancel et Woerth ont fait l'objet de plusieurs articles de presse ces dernières années, surtout depuis l'affaire de l'Agence de Développement de L'Oise, dont M. Woerth était directeur général et Mme Cassetta salariée, et qui a valu à M. Mancel, le 14 avril 2005 une condamnation à 18 mois d'emprisonnement avec sursis et 30.000 euros d'amende pour prise illégale d'intérêts (*Libération*, « Mancel, parrain pécheur de Woerth », 10 septembre 2010). M. Mancel a, toutefois, obtenu devant la Cour européenne des droits de l'homme et relativement à cette condamnation, la reconnaissance d'une violation de l'article 6 de la Convention à son encontre, en raison d'un doute sur l'impartialité de la Cour de cassation : Cour EDH, 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c. France* [Cinquième section], Req. n° 22349/06.

La déontologie journalistique : une coutume. Les blocages actuels, hormis les cas où la déontologie journalistique est invoquée à des fins de restriction de la liberté de la presse, proviennent de considérations étrangères au fond de la norme.

Les éditeurs, c'est-à-dire les employeurs des journalistes, ne veulent pas d'un texte annexé à la convention collective qui viendrait produire des effets dans les contentieux relatifs au contrat de travail.

Les syndicats de journaliste ont un rapport particulier avec la déontologie, puisque c'est sur le fondement d'une déontologie commune qu'a émergé en France l'idée d'un journalisme professionnel. La déontologie fonde l'identité de la profession. C'est l'idée centrale de la Charte des devoirs *professionnels* des journalistes français de 1918. La seconde étant d'organiser des rapports confraternels, donc loyaux, entre les membres d'une même profession.

Il peut, quelques générations plus tard, être soutenu que la déontologie est ce qui fait le journaliste professionnel ; et qu'elle est ce que le journaliste professionnel reçoit et perçoit comme telle. Les règles déontologiques s'appliquent de façon répétitive, pour un corps professionnel qui la considère comme une norme valide propre à trancher des différends internes, qui en ressent la nécessité et qui opère un consensus à son sujet. La Charte de 1918, dans sa version de 1938, est le cœur de la déontologie du journaliste français car ce dernier, depuis des décennies, la considère comme telle, qu'importe sa qualification juridique exacte.

De ce point de vue, la déontologie journalistique est une coutume dont la force normative vient du groupe et non – surtout pas ! – d'une forme encadrée par l'Etat. La déontologie a émergé comme le liant permettant, au sortir de la Première Guerre mondiale, de fonder une profession et d'en défendre l'indépendance, principalement face aux pouvoirs politiques et financiers. André Billy et Jean Piot rappelaient quel était le mot d'ordre, en 1918, à l'aube de la création du *Syndicat des Journalistes* : « *Défendez-vous ! Groupez-vous ! Sinon, vous serez écrasés !* »[2512]. Au plus loin que remonte la mémoire commune, faire entrer l'Etat dans ce débat revient à inviter le loup dans la bergerie. Autant dire que les échecs répétés, ces dernières années, des tentatives gouvernementales de création d'un code de déontologie journalistique et d'un conseil de presse ne nous surprennent guère.

[2512] BILLY André, PIOT Jean, *Le monde des journaux*, Paris, Crès, 1924, p. 178.

Les enjeux contemporains de la déontologie. Pour autant, cette position classique n'est plus soutenable, en raison de l'émergence contemporaine d'un nouvel acteur dans la question déontologique : le public. C'est au nom du droit de ce dernier à être informé que le journalisme tire sa légitimité. La finalité de toutes les règles protégeant l'exercice du journalisme est unique : permettre l'information du public sur des sujets d'intérêt général dans une société démocratique. Il n'est plus possible, pour la profession journalistique, de débattre en vase clos, en écartant un public dont l'information est le sens même de son action. La crise contemporaine de la presse est aussi une crise de confiance et il est pour le moins paradoxal, pour les entreprises de presse, de réclamer toujours plus de transparence dans la conduite des affaires publiques et d'appliquer si peu ce principe à leurs propres décisions éditoriales.
Le premier syndicat de journaliste français, le SNJ[2513], en a d'ailleurs tiré lui-même les conclusions en remaniant à nouveau, en mars 2011, la Charte de 1918 dans une nouvelle perspective conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Charte de Munich de 1971[2514], en prenant prioritairement en compte le droit du public à être informé. Il est remarquable de constater, – de notre point de vue sous l'influence de la cour européenne des droits de l'homme en tant que principal lieu de mise en connexion et d'approfondissement de ce sujet –, une convergence contemporaine entre les textes déontologiques français et nord-américains puisque classiquement les premiers mettaient d'abord en avant leur indépendance, tandis que les seconds ont toujours fait primer l'information du public[2515].

Le remaniement en 2011, de la Charte de 1918. Ce nouveau texte, qui prend également en compte, l'évolution organisationnelle des rédactions et revendique un droit d'accès aux sources d'information, est le suivant :
« *Le droit du public à une information de qualité, complète, libre, indépendante et pluraliste, rappelé dans la Déclaration des droits de l'homme et la Constitution française, guide le journaliste dans l'exercice de sa mission. Cette responsabilité vis-à-vis du citoyen prime sur toute autre.*

[2513] Syndicat National des Journalistes.
[2514] Le préambule de la Charte de Munich débute ainsi : « *Le droit à l'information, à la libre expression et à la critique est une des libertés fondamentales de tout être humain. De ce droit du public à connaître les faits et les opinions procède l'ensemble des devoirs et des droits des journalistes* ».
[2515] Pour un exposé de cette différence d'appréciation entre les journalistes français et américains : McCANE Aralynn, « L'indépendance et le journaliste », *Médiapouvoirs*, n° 26, avril 1992, et « Vers un profil du journalisme occidental », *Réseaux*, n° 51, mars 1991.

Ces principes et les règles éthiques ci-après engagent chaque journaliste, quelles que soient sa fonction, sa responsabilité au sein de la chaîne éditoriale et la forme de presse dans laquelle il exerce.

Cependant, la responsabilité du journaliste ne peut être confondue avec celle de l'éditeur, ni dispenser ce dernier de ses propres obligations.

Le journalisme consiste à rechercher, vérifier, situer dans son contexte, hiérarchiser, mettre en forme, commenter et publier une information de qualité ; il ne peut se confondre avec la communication. Son exercice demande du temps et des moyens, quel que soit le support. Il ne peut y avoir de respect des règles déontologiques sans mise en œuvre des conditions d'exercice qu'elles nécessitent.

La notion d'urgence dans la diffusion d'une information ou d'exclusivité ne doit pas l'emporter sur le sérieux de l'enquête et la vérification des sources.

La sécurité matérielle et morale est la base de l'indépendance du journaliste. Elle doit être assurée, quel que soit le contrat de travail qui le lie à l'entreprise.

L'exercice du métier à la pige bénéficie des mêmes garanties que celles dont disposent les journalistes mensualisés.

Le journaliste ne peut être contraint à accomplir un acte ou exprimer une opinion contraire à sa conviction ou sa conscience professionnelle, ni aux principes et règles de cette charte.

Le journaliste accomplit tous les actes de sa profession (enquête, investigations, prise d'images et de sons, etc.…) librement, a accès à toutes les sources d'information concernant les faits qui conditionnent la vie publique et voit la protection du secret de ses sources garantie.

C'est dans ces conditions qu'un journaliste digne de ce nom :

– Prend la responsabilité de toutes ses productions professionnelles, mêmes anonymes ;

– Respecte la dignité des personnes et la présomption d'innocence ;

– Tient l'esprit critique, la véracité, l'exactitude, l'intégrité, l'équité, l'impartialité, pour les piliers de l'action journalistique ; tient l'accusation sans preuve, l'intention de nuire, l'altération des documents, la déformation des faits, le détournement d'images, le mensonge, la manipulation, la censure et l'autocensure, la non vérification des faits, pour les plus graves dérives professionnelles ;

– Exerce la plus grande vigilance avant de diffuser des informations d'où qu'elles viennent ;

– Dispose d'un droit de suite, qui est aussi un devoir, sur les informations qu'il diffuse et fait en sorte de rectifier rapidement toute information diffusée qui se révèlerait inexacte ;

– N'accepte en matière de déontologie et d'honneur professionnel que la juridiction de ses pairs ; répond devant la justice des délits prévus par la loi ;

– Défend la liberté d'expression, d'opinion, de l'information, du commentaire et de la critique ;

– Proscrit tout moyen déloyal et vénal pour obtenir une information. Dans le cas où sa sécurité, celle de ses sources ou la gravité des faits l'obligent à taire sa qualité de journaliste, il prévient sa hiérarchie et en donne dès que possible explication au public ;

– Ne touche pas d'argent dans un service public, une institution ou une entreprise privée où sa qualité de journaliste, ses influences, ses relations seraient susceptibles d'être exploitées ;

– N'use pas de la liberté de la presse dans une intention intéressée ;

– Refuse et combat, comme contraire à son éthique professionnelle, toute confusion entre journalisme et communication ;

– Cite les confrères dont il utilise le travail, ne commet aucun plagiat ;

– Ne sollicite pas la place d'un confrère en offrant de travailler à des conditions inférieures ;

– Garde le secret professionnel et protège les sources de ses informations ;

– Ne confond pas son rôle avec celui du policier ou du juge. »

L'application des principes déontologiques à l'activité judiciaire produit deux effets : faire entrer le journaliste en conflit avec la norme légale au nom du droit du public à l'information (déontologie *contra legem*). Le retenir dans la diffusion de certaines informations, alors même que celle-ci serait légale (déontologie *praeter legem*).

La déontologie journalistique *contra legem*. Un journaliste peut commettre une infraction de presse par erreur ou par méconnaissance de la loi. Ce dernier argument ne sera guère soutenable devant un tribunal qui, dès lors qu'il aura affaire à un professionnel de l'information, considérera que celui-ci maîtrise son environnement juridique et ne saurait ignorer les lois qui régissent son domaine d'activité professionnelle[2516].

Le journaliste peut aussi ne pas respecter de manière consciente et assumée une prévision légale en faisant primer sur celle-ci une déontologie qui pose la primauté du droit du public à être informé[2517]. Classiquement, ce cas de figure s'appliquait à l'obligation du journaliste de témoigner en justice qui entrait en conflit avec le principe déontologique de protection des

[2516] Cass. crim., 8 juin 2004, non publié au Bulletin, pourvoi n° 03-85079.
[2517] BOURDON Jérôme, « Les médias, une éthique de la transgression », Réseaux, n° 78, 1996, pp. 87-100.

sources. La loi du 4 janvier 2010 a terminé de mettre en conformité la loi à la déontologie sur ce point en ne laissant plus aucun cas procédural dans lequel un journaliste peut être contraint légalement à révéler l'identité d'une de ses sources[2518].

Cette violation assumée du texte de la loi peut aussi concerner des informations dont la diffusion est interdite. Il sera alors décidé de faire primer le droit du public à l'information sur la prohibition légale. Ici, c'est la jurisprudence, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est rapprochée de la pratique journalistique en reprenant à son compte la méthode de la mise en balance des intérêts en présence. Déontologie journalistique et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ont en commun la prise en compte, de manière centrale, du droit du public d'être informé et une approche fondée sur l'évaluation, au cas pas cas, de la nécessité d'une atteinte à ce droit dans une société démocratique. La loi, notamment celle de 1881, se retrouve dès lors à être abordée d'une manière nouvelle : il ne s'agit plus seulement d'appliquer un texte, mais d'en sonder l'esprit, afin de juger si les valeurs et les intérêts qu'entendaient protéger le législateur sont de nature à l'emporter, dans un cas d'espèce, sur le droit du public à être informé. Comme l'a jugé récemment le Conseil constitutionnel pour le recours à l'exception de vérité en matière de diffamation pour des faits vieux de plus de dix ans, une interdiction générale et absolue « *porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi* »[2519]. Comme le souligne M. le Professeur Auvret « [l]*a loi du 29 juillet 1881, qui trouve ses racines dans les lois sur la presse de 1819, s'inscrivait dans une logique de morale bourgeoise* »[2520]. Or l'évolution des mœurs et des attentes sociétales bouleversent ces équilibres anciens. Ce qui pouvait justifier une interdiction de publication en 1881 n'est plus *nécessaire* dans la société démocratique que la Cour européenne des droits de l'homme tente de préserver en 2012. Le système qui se met en place est donc celui d'une évaluation constante des équilibres entre droit d'informer et les autres droits pouvant justifier la non divulgation d'une information, avec une mise en balance des intérêts en présence opérée par les juridictions de l'ordre judiciaire et la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi par le Conseil constitutionnel lui-même[2521]. La prévisibilité juridique n'en sort pas grandie et le journaliste se retrouve dans la situation d'être son premier juge, en pesant, reportage par

[2518] Avant la loi du 4 janvier 2010, aucun texte ne protégeait le secret des sources du journaliste dans le cas où celui-ci était appelé comme témoin à la barre d'une juridiction. Le principe de la protection des sources est reconnu par la jurisprudence : Cour d'appel de Bordeaux (ch. de l'instruction), 5 mai 2011, L. Bettencourt, *Légipresse*, n° 285, juillet-août 2011, pp. 424-428, comm. Leclerc.

[2519] Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, cons. 6.

[2520] AUVRET Patrick, « Le Conseil constitutionnel consacre la seule répression de la calomnie », *Légipresse*, n° 285, juillet-août 2011, p.408.

[2521] Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011.

reportage, les intérêts en présence de nature à justifier la publication de tel ou tel élément d'information. La loi générale et abstraite s'effaçant au profit de la casuistique, la déontologie journalistique est naturellement appelée à jouer un rôle majeur dans la manière d'opérer les choix de ce qui doit ou non être publié. De ce point de vue, déontologie journalistique et jurisprudence de la Cour européenne s'appuyant sur un même principe fondateur, le droit du public à être informé, il était inévitable que l'une et l'autre finissent par communiquer et entamer un fructueux dialogue[2522].

La déontologie *praeter legem*. La déontologie journalistique présente un autre domaine de différenciation par rapport à la loi, en amenant les journalistes à ne pas divulguer certaines informations alors que la loi leur permettrait de le faire. Cela est particulièrement vrai pour la matière judiciaire. Hors les cas où des interdictions de publication sont édictées, le compte-rendu des audiences pénales est libre, ce qui implique que les médias peuvent diffuser le détail des débats, ainsi que les identités des protagonistes. Pourtant, il n'en est rien. La part des affaires faisant l'objet d'un compte-rendu dans la presse est infime, et parmi ces affaires attirant l'attention des médias, les victimes et les personnes poursuivies ou condamnées demeurent bien souvent anonymes.

Pour comprendre, de quelle manière s'opère le choix journalistique de traiter une affaire plutôt qu'une autre et, une fois le principe de la couverture médiatique arrêtée, quels critères fondent la divulgation de données personnelles, il est nécessaire de se reporter aux règles déontologiques respectées par les différents médias. Les principes de la Charte de 1918, dans sa version de 1938, sont reconnus par l'ensemble de la profession en France. Ce texte, cependant, est insuffisant : aucun organe n'existe pour en éclairer l'interprétation ou pour en sanctionner la transgression. Par ailleurs, de portée générale, elle est insatisfaisante dès lors que se pose la question de son application concrète à un certain nombre de situations récurrentes. Sont donc apparus d'autres textes normatifs, propres à des branches ou à des entreprises particulières.

La déontologie journalistique dans l'audiovisuel. L'article 43-11 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dispose que les sociétés audiovisuelles

[2522] Pour la prise en compte de la déontologie journalistique par la Cour européenne des droits de l'homme : Cour EDH, *Stoll c ; Suisse*, préc. ; Cour EDH, *Niskasaari c. Finlande*, préc.- Pour la prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la déontologie journalistique : motifs avancés en 2005 par le SNJ pour demander l'adoption d'une loi sur la protection des sources (PIOT Philippe, « Cimenter la pierre angulaire de la liberté de la presse », préc.). Cette influence peut également être observée dans la comparaison entre les versions de 2011 et 1938 de la Charte des devoirs du journaliste français.

du service public « *offrent au public, pris dans toutes ses composantes, un ensemble de programmes et de services qui se caractérisent par leur diversité et leur pluralisme, leur exigence de qualité et d'innovation, le respect des droits de la personne et des principes démocratiques constitutionnellement définies* […] *Elles assurent l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information ainsi que l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans le respect du principe d'égalité de traitement et des recommandations du Conseil supérieure de l'audiovisuel* ».

La charte déontologique de 1918/1938 est annexée, depuis le 4 mai 1982, à l'avenant audiovisuel de la convention collective nationale de travail des journalistes (CCNTJ)[2523].

Par ailleurs, la loi du 30 septembre 1986 soumet l'autorisation d'exploitation des services privés de télévision à la conclusion d'une convention entre le CSA et la société demandeuse. Ces conventions sont particulières pour chaque société audiovisuelle, mais contiennent toujours des clauses se rapportant à des principes déontologiques. Par exemple, pour TF1 : « *Les journalistes* […] *veillent à respecter une présentation honnête des questions prêtant à controverse et à assurer l'expression des différents points de vue* »[2524]. L'article 8 de la Convention liant le CSA à TF1[2525] précise : « *Dans le respect du droit à l'information, la diffusion d'émissions, d'images, de propos ou de documents relatifs à des procédures judiciaires ou à des faits susceptibles de donner lieu à une information judiciaire nécessite qu'une attention particulière soit apportée d'une part au respect de la présomption d'innocence, c'est-à-dire qu'une personne non encore jugée ne soit pas présentée comme coupable, d'autre part au secret de la vie privée et enfin à l'anonymat des mineurs délinquants.*

La société veille, dans la présentation des décisions de justice, à ce que ne soient pas commentées les décisions juridictionnelles dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance.

Lorsqu'une procédure judiciaire en cours est évoquée à l'antenne, la société doit veiller à ce que :

– l'affaire soit traitée avec mesure, rigueur et honnêteté ;

– le traitement de l'affaire ne constitue pas une entrave caractérisée à cette procédure ;

[2523] La charte figure à l'annexe 6 de l'avenant à la convention collective, p. 122. Cet avenant ne concerne que les entreprises de l'audiovisuel du secteur public.

[2524] Art. 7 de la Convention du 8 octobre 2001 entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la société télévision française 1 (4e avenant du 6 mai 2008).

[2525] Les stipulations d'ordre déontologique des conventions liant *TF1* et *M 6* au CSA ont été introduites lors du renouvellement des conventions le 1er janvier 1997, à la suite d'un rapport commandé par le CSA et rendu en 1996 : CHARON Jean-Marie, FURET Claude, LACOUR Laurence, LONCLE François, MONTVALLON de Stéphanie, « Droit et déontologie dans l'audiovisuel », Paris, CSA, 2006.

– le pluralisme soit assuré par la présentation des différentes thèses en présence, en veillant notamment à ce que les parties en cause ou leurs représentants soient mis en mesure de faire connaître leur point de vue. ».

L'article 10 de la même convention ajoute : « *La dignité de la personne humaine constitue l'une des composantes de l'ordre public. Il ne saurait y être dérogé par des conventions particulières même si le consentement est exprimé par la personne intéressée. La société s'engage à ce qu'aucune émission qu'elle diffuse ne porte atteinte à la dignité de la personne humaine telle qu'elle est définie par la loi et la jurisprudence. La société respecte les droits de la personne relatifs à sa vie privée, son image, son honneur et sa réputation tels qu'ils sont définis par la loi et la jurisprudence. La société veille en particulier :*

– à ce qu'il soit fait preuve de retenue dans la diffusion d'images ou de témoignages susceptibles d'humilier les personnes ;

– à éviter la complaisance dans l'évocation de la souffrance humaine, ainsi que tout traitement avilissant ou rabaissant l'individu au rang d'objet ;

– à ce que le témoignage de personnes sur des faits relevant de leur vie privée ne soit recueilli qu'avec leur consentement éclairé ;

– à ce que la participation de non-professionnels à des émissions de plateau, de jeu ou de divertissement, ne s'accompagne d'aucune renonciation de leur part, à titre irrévocable ou pour une durée indéterminée, à leurs droits fondamentaux notamment le droit à l'image, le droit à l'intimité de la vie privée, le droit d'exercer un recours en cas de préjudice. Elle fait preuve de mesure lorsqu'elle diffuse des informations ou des images concernant une victime ou une personne en situation de péril ou de détresse. »

L'article 21 prévoit encore : « Le recours aux procédés permettant de recueillir des images et des sons à l'insu des personnes filmées ou enregistrées doit être limité aux nécessités de l'information du public. Il doit être restreint aux cas où il permet d'obtenir des informations difficiles à recueillir autrement. Le recours à ces procédés doit être porté à la connaissance du public. Les personnes et les lieux ne doivent pas pouvoir être identifiés, sauf exception ou si le consentement des personnes a été recueilli préalablement à la diffusion de l'émission »

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) opère un contrôle du respect des obligations, y compris de nature déontologique, pesant sur les entreprises audiovisuelles publiques et privées. Ses décisions peuvent prendre la forme d'une mise en demeure de respecter les

termes des conventions [2526] ou même infliger des sanctions financières aux sociétés audiovisuelles[2527]. Les décisions du CSA sont rendues publiques, et font notamment l'objet d'une publication sur le site Internet du Conseil [2528] .

Les chartes déontologiques des médias numériques. Ces chartes sont principalement le fait de médias numériques appartenant à des groupes de presse. Elles sont très générales. La charte déontologique du groupe *Le Monde* s'applique à ses médias numériques. Le site leparisien.com connaît également des règles éthiques qui sont cependant limités « *à une pratique de l'Internet conforme aux lois, règlements et recommandations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* »[2529]

Les chartes déontologiques dans la presse écrite. Des chartes déontologiques existent aussi dans la presse écrite. Elles sont alors le fait des entreprises de presse elle-même qu'elles soient suscitées par la direction de l'entreprise ou par les journalistes.

La Charte d'éthique et de déontologie du groupe *Le Monde*, reprend à son compte la déclaration des devoirs et droits des journalistes de 1971 (charte de Munich). Deux comités d'éthique et de déontologie sont chargés de veiller à l'application de la charte. Les normes déontologiques des journaux nationaux concernent particulièrement la couverture de l'actualité politique. C'est principalement dans la presse quotidienne régionale (PQR) et départementale (PQD) que les règles relatives au traitement des faits divers et de l'actualité judiciaire sont les plus précises[2530].

[2526] CSA, assemblée plénière du 6 juillet 2011, *Diffusion dans le journal du 13 h du 23 juin 2011 d'un reportage consacré au contrat de responsabilité parentale : TF1 mise en demeure*.

[2527] CSA, assemblée plénière du 3 février 2010, France 2 : *engagement d'une procédure de sanction* : « *Une procédure de sanction a été engagée à l'encontre de France Télévision, en raison de la diffusion, le 1er octobre 2009, au cours du journal de 13 heures, d'un reportage consacré à la récidive des délinquant sexuels, dans lequel il avait été fait allusion à deux reprises à l'enlèvement du petit Enis en des termes indiquant, à tort, que l'enfant était décédé au cours de son enlèvement* ».- CSA , assemblée plénière du 7 décembre 2010, *Déontologie de l'information : sanction financière de 100.000 euros pour France 2* : « *Réuni en assemblée plénière le 7 décembre 2010, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a prononcé à l'encontre de France Télévisions une sanction financière d' un montant de 100.000 euros au bénéfice du compte de soutien à la production audiovisuelle et cinématographique, à la suite d'un manquement à la déontologie de l'information sur France 2. Déjà mise en demeure en janvier 2009 sur ce même fondement, la chaîne avait diffusé le 1er octobre 2009, dans le journal de 13 heures, un reportage consacré à la récidive des délinquant sexuels au cours duquel un enfant nommément désigné avait été présenté, à tort, à deux reprises, comme décédé lors d'une agression* ».

[2528] www.csa.fr

[2529] http://www.leparisien.fr/services/ethique/ethique.htm

[2530] Pour une analyse comparative des chartes dans les différents médias français : PRODHOMME Magali, *La place du discours sur l'éthique dans la construction de l'espace et de l'identité professionnelle des journalistes*, thèse, Clermont-Ferrand, L.G.D.J., Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2005, pp. 159 à 250.

Les chartes déontologiques dans la presse quotidienne régionale et départementale. La majorité des chartes propres aux journaux régionaux et départementaux se caractérise par la très large part consacrée au traitement des faits divers et de l'actualité judiciaire[2531]. Plusieurs explications peuvent être avancées au sujet de cette spécificité des normes déontologiques de la presse locale.

Le Syndicat de la presse quotidienne régionale (SPQR, syndicat patronal)[2532] a créé dès 1989 au sein de sa commission « *information* » un groupe de travail « *presse/justice* », qui s'est concrétisé par un colloque tenu le 15 juin 1991 à Paris qui a produit deux effets : susciter des réflexions au sein de la direction des journaux au sujet du droit de la presse et du risque juridique ; la rédaction en 1993 d'un « *vademecum presse-justice* » d'une vingtaine de pages distribué aux journalistes de la PQR[2533]. Le SPQR a ensuite rendu public, le 30 janvier 2007, ses « *règles et usages de la presse quotidienne régionale* » qui posent dans ses principes que la responsabilité éditoriale s'exerce en se référant à « *deux valeurs fondamentales : le droit à l'information du citoyen et le respect de la personne. Elle s'inscrit dans le cadre d'une liberté d'expression qui doit s'exercer à travers une pratique guidée par une déontologie forte. Cette déontologie est le fruit d'une culture, d'une formation et d'un professionnalisme qui s'accomplissent dans la pratique quotidienne d'un métier. Les Directeurs de Publication de l'ensemble des quotidiens régionaux tiennent à rappeler solennellement ces règles et usages professionnels sur lesquels s'appuie leur engagement d'éditeur, dans le cadre de la responsabilité de chacun qui conserve l'entière maîtrise du contenu de sa publication* ». Concernant l'identification des personnes impliquées dans une affaire judiciaire, ce texte précise : « *Lorsqu'elle n'est pas nécessaire à une claire information du lecteur, la publication des noms des personnes impliquées dans de petites infractions sera évitée. Une approche similaire caractérise la publication des noms de personnes ayant fait l'objet d'une peine avec sursis* ». Le principe demeure encore assez général, mais nous pouvons observer qu'une ébauche de solution s'ébauche : lier la publication du nom au quantum de la peine prononcée et à la nature des infractions.

Par ailleurs, les interrogations relatives au traitement des faits divers et de l'actualité judiciaire dans les journaux départementaux et régionaux est vif en raison des particularités de ceux-ci. A la différence d'un média national, les journaux régionaux ont plusieurs rédactions,

---

[2531] Chartes de *Ouest-France*, *L'Alsace*, *L'Est Républicain*, *L'Union de Reims*, *La République du Centre*, *Les Dernières Nouvelles d'Alsace* : PRODHOMME Magali, *op. cit.*, pp. 169, 192 et 194.

[2532] 37 titres, 5.000 journalistes, vingt millions de lecteurs.

[2533] Ce document a visiblement d'abord été rédigé en vue d'éviter les procès. La loi y est rappelée. Son annexe comporte un lexique des termes juridiques usuels et une présentation sommaire du système judiciaire français. Ce document était confidentiel, destiné à un usage interne au sein des rédactions.

parfois disséminées dans plusieurs départements, mais qui vont collaborer à des pages communes : pages départementales, régionales ou d'information générale. Le respect du principe d'égalité commande de mettre un minimum de cohérence dans les règles pour ne pas se retrouver avec un article donnant le nom d'un condamné dans une page où se trouverait le compte-rendu d'une autre affaire de même nature mais provenant d'un autre département et pour laquelle le nom n'apparaîtrait pas. Par ailleurs, cette question de la divulgation des affaires judiciaires recoupe une autre préoccupation sensible chez les journalistes de la PQD et de la PQR : les pressions qu'ils subissent de la part des autorités et élus locaux[2534], lesquelles pressions peuvent passer par les interventions de leur hiérarchie. Un cadre clair, validé par la direction de l'entreprise, permet alors de savoir ce qu'il convient de faire et de ne pas faire, et de conforter, sous le contrôle de l'équipe rédactionnelle, le journaliste face à une hiérarchie qui serait déontologiquement défaillante. Un tel texte permet aussi d'éviter les dérives individuelles, le champ libre laissé à l'arbitraire du journaliste en la matière pouvant être l'antichambre de différentes sortes de corruption ou d'abus de pouvoir. Une charte claire dont les effets sont prévisibles présente aussi l'intérêt de faire baisser les tensions, notamment lorsque sont suspectés des choix fondés sur une discrimination prohibée[2535]. Elle permet, enfin, d'assainir les relations entre les journalistes et leurs sources (parquet, enquêteurs, avocats) dès lors que la manière dont sera traitée l'information délivrée est connue à l'avance[2536].

La couverture des faits divers et des affaires judiciaires a été encadrée par un document interne dès 1990 à *Ouest-France*, dès 1992 à *L'Est Républicain* et dès 1994 à la *République du Centre*. Entrer dans le détail des différentes chartes serait trop fastidieux. Cependant, nous pouvons les classer en deux catégories : celles, d'une part, qui s'appuient sur des principes généraux, parfois sur la Charte de 1918 ou de 1971, en laissant à la rédaction ou à sa direction le soin de l'interprétation. Celles, d'autre part, qui définissent de manière extrêmement précise le traitement à adopter, et qui se fondent sur des éléments factuels pour déterminer la solution à retenir. La Charte de L'Est Républicain, qui a été mise à jour en 2004 à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, entre dans cette seconde

[2534] Cet aspect ressort particulièrement dans le rapport Charon.

[2535] Cet aspect a pris de l'importance ces dernières années avec le développement de l'utilisation des faits divers dans le débat politique.

[2536] La remarque vaut aussi pour les juridictions : nous avons vu lorsque la règle de la publication des identités s'appuyait sur le quantum de la peine et était connu du magistrat, ce dernier prononcer une condamnation se situant juste en dessous du seuil de publicité du nom, en accompagnant son prononcé d'un regard appuyé du côté du banc de la presse.- Par ailleurs, la règle étant connue des avocats, elle finit pas l'être du justiciable et au bout de quelques années, les personnes impliquées dans une affaire judiciaire ne font plus la différence entre l'origine légale ou déontologique de la norme : ils ne retiennent que la règle.

catégorie. Elle peut être mise en application par tout journaliste, sans que des connaissances juridiques soient exigées. Les noms des personnes poursuivies sont donnés en matière criminelles. En matière correctionnelle, l'identité des personnes condamnées apparaît à partir d'une peine de trois mois d'emprisonnement ferme. Le quantum a été fixé à l'issue d'un travail d'assemblée réunissant des représentants des différents services et rédaction. Des dispositions spécifiques concernent la phase d'instruction, mais suivent la même logique : la règle est impersonnelle, générale, a été déterminée avant que la décision soit à prendre et est fondée sur des éléments que le journaliste ne maîtrise pas (le quantum d'une peine, la décision de placement en détention, etc.). La protection est restreinte pour les personnes titulaires d'une fonction publique, surtout si l'infraction poursuivie est en lien avec cette fonction. La protection est extrêmement importante lorsque la règle déontologique vient appuyer une obligation légale, l'interdiction de publier dans un fait divers le nom d'un mineur auteur d'infraction par exemple.

Un grave défaut : l'absence de publicité. Ces chartes, surtout lorsqu'elles sont précises, présentent cependant un grave défaut : elles ne sont pas publiques. Cette publicité nous paraît pourtant plus importante, en l'état actuel, que la discussion sur un ordre journalistique ou un code national. L'information étant destinée au public, il est impératif que la manière dont elle est élaborée puisse être contrôlée par le public. Les règles doivent être claires, connues de tous, et chaque lecteur doit pouvoir être en situation d'apprécier leur application. Le regard du public conforte autant le bon juge que le bon journaliste, et fonde sa confiance dans l'un comme dans l'autre. Un journaliste faisant honnêtement son travail n'a rien à cacher et doit être en mesure de motiver publiquement ses choix. Seuls les fripons craignent les réverbères.

Nous pensons que la déontologie journalistique ne peut se construire que par la base, par la voie de l'adhésion des journalistes à une pratique dont la pertinence est reconnue. Un des enjeux des actuels mouvements de concentration dans la presse est de voir émerger des règles déontologiques d'abord communes aux titres d'un groupe, avant qu'une convergence s'opère entre grand groupes. Le fond de la norme, c'est-à-dire la Charte de 1918 dans sa version remaniée, n'est pas, en réalité, vraiment discutée, et nous ne connaissons pas de chartes particulières qui n'en respectent pas les principes généraux.

Notre expérience nous conduit à penser, qu'une fois les règles déontologiques installées dans un nombre suffisants de titres se met en place un phénomène de standardisation, les unités

plus petites s'alignant sur l'usage majoritaire[2537]. Il convient cependant que les règles soient vivantes : le débat doit exister au sein des rédactions ; les curseurs doivent être remis en cause périodiquement ne serait-ce que pour placer les plus jeunes en situation de se les approprier pour avoir participé à l'élaboration de la norme ; le contact avec le public doit être effectif, notamment par l'intermédiaire d'un médiateur de la rédaction, du recours aux nouvelles technologies, et grâce à des pages ou des éclairages spéciaux relatifs aux choix déontologiques dans le traitement de l'information d'un titre. Notons, enfin, que de telles dispositions peuvent aboutir aux mêmes résultats qu'un conseil de presse, dès lors que la sanction prononcée par ce dernier est principalement constituée par la publicité de sa décision. Reste à trouver les convergences susceptibles d'être établies entre syndicats de journalistes et propriétaires de journaux. Les premiers chercheront à défendre leur indépendance et leur métier, mis à mal actuellement par les nouvelles organisations de travail. Les seconds seront sans doute plus attentifs à la question du risque juridique et à celle de la confiance du public, élément substantiel de leur fond de commerce. L'accord ne nous paraît pas, cependant, irréalisable dès lors que chacun accepterait d'évoluer dans une perspective commune : le respect du public dans son droit à l'information tout comme dans les droits individuels des personnes qui le composent.

[2537] Nous avons pu l'observer dans les années 1990 lorsque les chartes de la PQR ont été appliquées. Les radios locales se sont alignées sur les règles de la presse écrite locale.

Conclusion du Titre II

Le droit du public à l'information s'applique au procès pénal selon des critères qui ne recoupent pas ceux déterminant le caractère public des audiences.

Tout d'abord, en droit français et depuis 1881, la décision judiciaire de priver une audience pénale de la publicité n'entraîne plus l'interdiction automatique de rendre compte de cette audience dans la presse. Les deux régimes ne se surperposent pas : parfois, ce qui ne peut pas être vu ou entendu à l'audience pénale peut être rapporté à l'extérieur. Parfois, ce qui peut être vu ou entendu à l'audience ne peut pas être diffusé hors du prétoire, au nom d'interdictions générales de publication.

Par ailleurs, le législateur n'ayant pas caché sa préférence pour la forme écrite du compte rendu judiciaire, ce qui peut être rapporté ne peut pas forcément être montré. Il en sera de même aux différentes phases de la procédure : la description d'un emprisonnement pourra être réalisée par l'écrit, mais pas par l'image si celle-ci est trop précise. Le même raisonnement s'applique à l'évocation, dans la presse, d'éléments relatifs à une information judiciaire. Tant que les informations diffusées seront assez vagues, elles ne risqueront pas de fonder des poursuites pénales pour recel de violation d'un secret protégé, mais les journalistes risqueront la correctionnelle s'ils appuient leurs propos par la publication de pièces permettant d'asseoir leur crédibilité Le journaliste judiciaire devra donc réserver ses preuves à ses juges puisqu'il peut les produire devant un tribunal sans craindre une condamnation, tandis qu'il n'est pas autorisé légalement à les partager avec ses lecteurs.

Ici, touchons-nous sans doute un point de difficulté majeure pour toute personne souhaitant faire converger nos lois et jurisprudences nationales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour cette dernière, par une formulation régulièrement reprise, les journalistes méritent la protection de l'article 10 de la Convention, y compris lorsqu'ils s'expriment sur des sujets relatifs aux procédures judiciaire en cours, dès lors qu'ils communiquent « *des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique* ». L'arrêt *Dupuis* est venu préciser que le droit du public à l'information pouvait aussi s'entendre du droit du public à une bonne information, y compris par la production de documents tirés d'un dossier judiciaire.

En l'état, la différence de combinaison entre un droit de la presse français issu de la loi de 1881 et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme provient d'une différence d'approche philosophique et ancienne qui occupait déjà Pierre Bayle. Dans un cas, la vérité doit vaincre en pleine lumière l'erreur. Dans l'autre, l'erreur doit être reléguée dans la plus profonde obscurité, de peur qu'elle ne se répande.

Là où la loi de 1881 a souvent préféré « *l'ordre* » en punissant la publicité de « *l'erreur* », la jurisprudence de la Cour européenne ne cache pas son goût d'une « *vérité* » affrontant publiquement « *l'erreur* », quitte à choquer, heurter ou déranger. Pour autant, la Cour européenne ne méconnaît pas les devoirs qui doivent accompagner la fonction de journaliste, le goût du débat n'étant pas une licence pour tout se permettre. Ainsi, le journaliste ne doit pas s'écarter de sa finalité sociale, qui est de livrer au public l'information d'intérêt général auquel celui-ci a droit. Le journaliste devra donc être de bonne foi, au sens de la jurisprudence de la Cour, et délivrer une information exacte, fiable, précise, fruit d'une action conforme aux règles éthiques ou déontologiques de la profession.

Conclusion de la deuxième partie

Le journaliste n'est pas juge. Le juge n'est pas journaliste. L'essence de leurs fonctions respectives est, cependant, commune et peut être retrouvée dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils sont, chacun à sa manière, nécessaires à la démocratie. C'est d'ailleurs tout le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui protège la fonction de l'un et de l'autre dans sa nécessaire indépendance et sa liberté.

Pour autant, leurs missions respectives sont différentes. Le rôle du juge est de juger, celui des journalistes d'informer. Ce rappel en forme d'évidence n'est sans doute pas de trop lorsque l'actualité nous livre régulièrement des exemples de juges se prenant pour des journalistes, tandis que le contraire est tout aussi dangereux pour les libertés individuelles.

Si nous retenons que la publicité de l'audience relève des droits de la défense, la diffusion de l'audience, au-delà du prétoire, peut être reçue comme le renforcement d'une garantie procédurale au bénéfice des parties. Il convient, dans le même temps, de préserver les intérêts de la justice. Dans cet esprit, une publicité trop précoce, mal à propos ou malveillante, trouvera-t-elle sa limite dès lors qu'elle sera de nature à mettre en jeu l'efficacité de l'enquête ou le caractère équitable du procès en cours.

Dans une société dans laquelle l'autorité et la légitimité du juge sont fondées sur la confiance du public, la publicité est, par ailleurs, devenue une nécessité pour l'institution judiciaire qui se doit de convaincre. Cependant, ce serait placer la justice et la démocratie dans une position fragile que de faire dépendre de tiers à l'institution la publicité des décisions et des actions judiciaires. *A contrario*, attribuer à la seule institution judiciaire le soin de décider de l'opportunité et de la forme de la publicité de ses procédures serait mettre en péril, pareillement, la démocratie en agitant tout à la fois le spectre d'un gouvernement des juges et celui de l'extinction de l'indépendance judiciaire. C'est précisément le contrôle par une publicité de l'action judiciaire mise en oeuvre par des tiers qui permet à la société de se prémunir contre ces risques. Les deux formes de publicité, mise en œuvre par l'institution judiciaire et par des tiers, doivent donc coexister, ce qui, évidemment, n'est pas sans risque de tension.

La publicité du procès pénal ne sert donc pas seulement à protéger le justiciable, elle participe de la préservation de nos institutions et accroît leur efficacité. Toute réflexion à son sujet doit donc soupeser si, dans un cas déterminé, la publicité sert les droits de la défense ou/et l'intérêt général, droit du public à être informé de questions d'intérêt général y compris. Tout cela en prenant en compte les droits de la personnalité des personnes impliquées dans la procédure.

Conclusion générale

La publicité du procès pénal a d'abord était celle de l'audience, par l'admission du public dans le prétoire. Cette conception originelle était encore exprimée par la Cour de cassation en 1869, lorsqu'elle jugeait que « *la publicité des débats judiciaires* […] *consiste non pas dans leur reproduction par voie de presse, circonstance accessoire et non essentielle de la publicité, mais dans le libre accès du prétoire ouvert à tous les citoyens* »[2538]. Ce principe a été rompu presque un siècle plus tard, lorsque la même juridiction a validé un huis clos dont l'étendue ne s'appliquait pas « *aux représentants accrédités de la presse* »[2539]. Par cette décision, la Haute juridiction a reconnu le caractère dual de la publicité du procès pénal, dans et hors de la salle d'audience, en en tirant des conséquences juridiques.

La forme de la publicité judiciaire n'est donc pas figée : d'abord caractérisé par l'accès du public au prétoire, elle a ensuite pris la forme de la publication dans la presse du compte-rendu d'audience et nous pouvons même dire, aujourd'hui, que c'est cette forme de publicité qui est devenue la principale, l'ouverture de la salle au public étant reléguée à l'accessoire, ou plutôt, bien souvent et particulièrement pendant la phase d'instruction, au rang de moyen destiné à permettre le compte-rendu dans la presse. La dynamique n'en restera pas là et il y a fort à parier que la diffusion des nouvelles technologies fera rapidement son œuvre pour créer une publicité judiciaire de troisième génération, la révolution numérique faisant son effet dans notre société comme, jadis, celle de l'imprimerie fit le sien dans la société bourgeoise du XIXe siècle. Le droit applicable à la publicité judiciaire est donc, au-delà de formes de publicités différentes par leur nature et leur intensité, étroitement lié à l'époque où chaque forme de publicité est apparue. La publicité de l'audience par l'accès du public au prétoire demeure marquée par la rupture de 1789, et les nouveaux principes que l'époque charriait. La publicité du procès pénal par le compte-rendu de presse est toujours appréhendé juridiquement selon le point de vue du législateur de 1881, soucieux d'ordre. L'émergence d'une nouvelle forme de publicité, en ce début du XXIe siècle, constitue donc bien davantage qu'une simple adaptation à une nouvelle technologie. Certes, il y a fort à parier, d'un point de vue matériel, que l'écoulement du temps et l'arrivée de générations nées avec l'outil

[2538] Cass. crim., 13 janvier 1869, Bull. crim. 1869, n° 14.
[2539] Cass. crim., 12 novembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 339.

numérique, produira des effets considérables sur la procédure pénale, à commencer par la disparition du papier dans les procédures au profit de vidéos. Comment des générations vivant, à chaque minute, dans un monde d'images et de sons, pourront-elles écarter encore très longtemps ceux-ci d'une procédure pénale qui continue de se revendiquer orale, contradictoire et publique ? Cependant, cette évolution ne pourra se réaliser qu'au prix de nouvelles règles, qui seront, comme pour les formes précédentes de publicité, trempées dans leur époque.

Nous avons pu relever, déjà, les différences sensibles de solutions entre la publicité du procès pénal par l'accès du public au prétoire et par la diffusion d'informations en dehors du palais de justice.

La forme originelle est largement dominée par la loi et le juge. La première limite le pouvoir du second en ne l'autorisant pas, dans un certain nombre de situations, à disposer de la publicité comme bon lui semblerait. A l'inverse, pour les cas où la loi abandonne au juge le pouvoir de trancher la question, sa décision ne peut pas être contestée dès lors qu'il a simplement visé les moyens légaux lui déléguant ce pouvoir et a respecté les formes.

La publicité à l'extérieur de la salle d'audience obéit à une logique déjà plus complexe. Sa mise en œuvre n'est plus du pouvoir de la seule institution judiciaire. Au juge s'ajoute le journaliste. De plus, cette publicité va changer de nature selon celui qui la décide et son ampleur. Ainsi, une publicité hors des palais de justice mise en œuvre par la justice elle-même garde-t-elle une coloration de sanction judiciaire à travers la publication judiciaire, soit qu'elle punisse, soit, dans de plus rares cas, qu'elle protège l'innocence. La publicité des décisions judiciaires en matière pénale étant nécessaire à la confiance du public dans l'institution et à l'efficacité de l'Etat de droit, une diffusion publique de la jurisprudence s'est également mise en place, mais par des décisions anonymisées. Notons d'ailleurs, que l'anonymisation est apparue non pas en raison d'un changement de technologie *per se*, avec l'apparition du Minitel, mais en raison de l'accroissement formidable de la publicité des décisions que permettait cette évolution technologique. Avec l'ère numérique, les atteintes aux droits de la personnalité se trouvent multipliés aussi bien dans le temps que dans l'espace. Dans l'espace, évidemment, par la possibilité de diffusion instantanée et planétaire de n'importe quelle information. Dans le temps aussi, car à la différence des journaux en papier, qui vivaient rapidement une seconde vie dans l'emballage de poissons ou le tapissage des cageots de légumes, l'écrit numérique subsiste et permet de collecter des informations sur une personne avec une telle précision qu'existe bien le risque d'un véritable casier judiciaire numérique. Par ailleurs, au-delà de la protection des droits de la personnalité, le principe d'égalité

commandait que la décision de diffusion de l'identité d'une personne condamnée ou impliquée dans un procès pénal ne puisse être fondée que sur la loi, dès lors notamment que cette même diffusion relevait, par ailleurs, d'une sanction pénale. Porter atteinte à la réputation d'une personne dans ces conditions aurait mené la justice à appliquer une peine sans loi, dans l'arbitraire le plus complet.

Il n'en va pas de même de ce type d'informations dès lors qu'elles sont diffusées par des tiers à l'institution judiciaire. Il peut être étonnant, au premier abord, de constater que ce qui peut être considéré comme un élément de la peine, c'est-à-dire la publication de l'identité d'une personne condamnée ou impliquée dans un procès pénal, soit abandonné à toute personne usant de sa liberté d'expression là où une telle diffusion est interdite à l'autorité judiciaire. La différence de traitement vient de la différence de nature de la publicité dans ces circonstances : là où elle relève de la sanction pénale lorsqu'elle est mise en œuvre par l'institution judiciaire, elle dépend d'un droit du public à l'information lorsqu'elle est mise en œuvre par des tiers à l'institution, en l'espèce bien souvent les médias. Il est donc très particulier de constater qu'une même atteinte à la réputation est, dans le même temps, interdite à l'autorité judiciaire en ce qu'elle constituerait une peine illégitime, et autorisée aux médias au nom d'un droit du public à l'information. C'est pourtant bien notre situation actuelle, qui ne peux trouver un peu de cohérence que si la question de la déontologie journalistique est placée au cœur du raisonnement.

Tout d'abord, ce n'est pas parce que la loi autoriserait les journaux à divulguer l'identité de toute personne majeure condamnée par un tribunal répressif que de telles informations sont diffusées dans la presse. Les cas de divulgation des identités des personnes impliqués dans un procès pénal sont rarissimes au regard du nombre d'affaires traitées chaque année dans les tribunaux. Il faut donc constater que dans la majorité des cas, les journaux s'abstiennent de révéler des identités qu'ils seraient en droit de divulguer. Cette remarque vaut également pendant la phase préparatoire, où les cas de divulgation des identités de personnes placées en garde-à-vue, par exemple, se sont énormément restreints en vingt ans, alors que le caractère licite de telles révélations par les journaux serait tout à fait soutenable. Ce qui sépare la situation de la fin des années 1980 de celle que nous connaissons aujourd'hui est l'émergence d'une déontologie journalistique qui, quoi qu'on en dise, a gagné en effectivité. Il convient de s'étendre sur les raisons de cette évolution.

La déontologie journalistique moderne est un corps de règles qui sont nées de la nécessité de régler des tensions, parfois très locales. Les solutions adoptées ont un point commun principal : elles ont réglé les problèmes et permis un retour à l'apaisement. Il est remarquable

de constater que ce mouvement d'interaction entre la presse et le public s'est déroulé sans recours ni au juge ni à la loi. Bien souvent, il ne s'agissait pas d'une théorie très construite mais du constat que certaines positions ou explications étaient de nature à calmer une salle surchauffée prenant à partie tel journaliste ou tel responsable d'une rédaction après, souvent, la couverture d'un évènement sensible. Ces confrontations furent souvent déplaisantes pour les journalistes. Elles furent cependant, dès lors que la presse y consentait, presque toujours fructueuse car elles obligèrent un certain nombre de responsables de rédaction et de journalistes spécialisés dans le faits-divers ou la chronique judiciaire à se justifier et à entreprendre un travail de réflexion sur la finalité sociale de leur profession et leurs propres pratiques. La plupart de ces journalistes n'étaient pas juristes, pourtant ils parvinrent souvent, par l'expérience, à des solutions se rapprochant les unes des autres qui revenaient à établir des règles impersonnelles, obligatoire, décidées avant la survenance du cas à traiter, fondée sur des éléments objectifs et ne dépendant pas de leur volonté. Ces règles, fruit d'un consensus au sein des rédactions parfois même au terme d'un travail d'assemblée, devaient permettre de traiter toute personne selon un principe d'égalité, sans tenir compte – car depuis les années 1990 c'est bien là la source de tension principale, de leur origine ethnique ou sociale [2540] –. Nous avons détaillé quels types de solutions ont été adoptées, par exemple en fixant la révélation d'une identité, par exemple, sur la nature criminelle d'une procédure ou le quantum de la peine prononcée en correctionnelle.

Il est également remarquable de constater que l'évolution de ces règles, qui n'ont bien souvent pas d'autre source que la volonté des journalistes de les respecter, a été largement déterminée par l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De ce point de vue, nous pouvons parler, depuis deux décennies, d'un dialogue fructueux entre la profession journalistique française et la Cour européenne.

Formée par l'histoire particulière de notre pays, la mentalité des journalistes, et leur déontologie, s'est formée contre le pouvoir politique. Dans cette approche, les tribunaux demeurent encore largement dans le fond de l'esprit des journalistes français – même si la situation évolue avec la dernière génération – le bras armé du pouvoir exécutif. Le Second empire a laissé des traces durables. De la même façon, la profession rejette depuis des décennies l'idée d'un Conseil de presse par peur de le voir envahi par des créatures du gouvernement. Il en va différemmment du rapport de la profession avec la Cour européenne

[2540] Avec des mises en cause portant principalement sur le soupçon d'opérer des discriminations fondées sur l'origine dans le choix de la révélation de l'identité, mais aussi dans celui de ne pas divulguer cette identité. Les règles élaborées devaient permettre d'écarter ces soupçons pour les cas de publication mais aussi, pour des critiques en proportion souvent plus importantes, pour les cas de non publication.

des droits de l'homme. Cette dernière entend les journalistes et, surtout, affiche cette écoute dans ses décisions[2541]. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'arrêt *Stoll contre Suisse*. Les journalistes, pour leur part, écoutent la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière n'a pas contraint. En revanche, elle a convaincu. Les chartes et autres textes déontologiques des organes de presse, arrêtées dans l'urgence dans les années 1990, ont été souvent revues au début des années 2000 avec une approche différente, fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce mouvement a abouti, en 2011, à la réécriture du texte fondateur de la déontologie des journalistes français selon une nouvelle orientation, impulsée directement, cette fois, par les juges européens de Strasbourg.

La Cour européenne des droits de l'homme estime que les sociétés européennes ont besoin d'un « *chien de garde* » responsable et professionnel[2542]. Après avoir posé, de manière assez superfétatoire, la nécessité de prendre en compte la déontologie journalistique dans la mise en balance des intérêts en présence relativement à la protection de l'article 10 de la Convention, la Cour a fini par rendre une décision exclusivement fondée sur l'appréciation du respect, ou non, par un journaliste de ses règles déontologiques nationales[2543]. Le raisonnement initial a été reçue par la Cour de cassation. Pour l'heure, la source de droit que représente désormais la déontologie journalistique n'est pas encore déterminante dans son raisonnement, mais sa prise en compte existe. Il a fallu onze ans pour que la Cour européenne passe de l'arrêt *Fressoz et Roire* à l'arrêt *Niskasaari*, combien de temps faudra-t-il pour que la Cour de cassation fonde une décision exclusivement sur une règle déontologique de la profession journalistique ?[2544]

En France, le rapport entre déontologie journalistique et norme de droit prend également un autre chemin, dans le cadre de l'élaboration de la loi. Ici, les règles déontologiques des médias, fruit du dialogue entre la presse et le public – particulièrement pour les publications de proximité comme la presse quotidienne départementale ou régionale – ont abouti à la formation de règles ayant permis un consensus local. Notons que ces règles varient d'une région à l'autre. Elles sont très différentes, par exemple, entre l'Auvergne et la Corse, mais dans les deux cas, que ce soit pour *la Montagne ou Corse Matin*, le rapport au public est

---

[2541] Nous ne sommes pas loin des conclusions de M. le Professeur Tyler au sujet des rapports fondant les rapports de confiance entre la population de Chicago et les autorités publiques.

[2542] PIOT Philippe, « L'article 10 de la Convention européenne et les droits obligations d'un « *chien de garde* » responsable et professionnel », *Gaz. Pal.*, mercredi 2, jeudi 3 mars 2011, pp. 17-18- Cour EDH, 7 décembre 2010, n° 39324/07, *Publicao-Communçao social SA et autres c. Portugal* [Deuxième section], Req. n° 39324/07.

[2543] PIOT Philippe, « Ne pas respecter la déontologie est une faute, à réprimer de façon proportionnée », *Gaz. Pal.*, mercredi 29, jeudi 30 septembre 2010, p. 24- Cour EDH, 6 juillet 2010, *Niskasaari et autres c. Finlande* [Cinquième section], Req. n° 37520/07.

[2544] PIOT Philippe, « La déontologie journalistique, une source de droit juridiquement indéfinie », *Gaz. Pal.*, mercredi 3, jeudi 4 mars 2010, pp. 21-22.- Cass. soc., 15 décembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-44222.- Cass. crim., 10 novembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86295.

maîtrisé dans un souci de proximité et le contentieux porté devant les tribunaux finalement peu abondant[2545]. Il est très intéressant de constater de quelle manière ces solutions, dégagées pour régler des problèmes strictement locaux, finissent, d'une part, par converger au fil du temps par le dialogue entre journaux, et, d'autre part, par migrer dans la loi par leur validation légale, un peu comme le législateur transforme, de temps en temps, en loi ce qui n'était qu'une décision jurisprudentielle. Ce mouvement a pu être observé à l'occasion de la définition du respect de la présomption d'innocence au sens du droit de la presse lors de l'élaboration de l'article 9-1 du Code civil. Il a, encore, été plus évident lors des travaux qui ont conduit à l'adoption de la loi du 4 janvier 2010 sur la protection des sources des journalistes. L'approche était d'ailleurs nouvelle à cette occasion : les journalistes demandaient, certes, la prise en compte de leur déontologie, mais surtout la réception par la loi française des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière[2546].

A l'inverse, nous pouvons constater, aujourd'hui, la précision avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme aborde ces questions, en édictant des règles qui relèvent en partie de la matière déontologique pour les journalistes français. Ainsi, dans un arrêt *Axel Springer* contre Allemagne du 7 février 2012, la Cour européenne a-t-elle dégagé six critères pour évaluer la mise en balance du droit du public à être informé et du droit à la protection de la personnalité : « *la contribution à un débat d'intérêt général* », « *la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage* », « *le comportement antérieur de la personne concernée* », « *le mode d'obtention des informations et leur véracité* », « *le contenu, la forme et les répercussions de la publication* », « *la gravité de la sanction imposée* ». Notons que ces critères sont aussi, en partie, ceux auxquels sont parvenus, de manière empirique, les journaux qui se sont engagés de manière la plus avancée dans l'élaboration de chartes internes[2547].

Il nous paraît vain, dans l'état de la mentalité des journalistes français, de vouloir construire un système déontologique en créant *ex nihilo* un Conseil de presse. Ce dernier ne peut être que l'aboutissement d'un processus de création normative parti de la base et doit d'abord exister pour remédier à la grande faiblesse actuelle de la déontologie des journalistes français :

[2545] Notons que le règlement de certains contentieux sans recours au juge existe déjà en droit de la presse français. Par exemple avec l'institution du droit de réponse dont le premier élan consiste à appliquer une norme juridique sans pour autant avoir recours à un tribunal.

[2546] Pour le compte-rendu des premières propositions des journalistes français faites lors d'une réunion à la Chancellerie avec M. Le Mesle en mars 1985 : PIOT Philippe, « Cimenter la pierre angulaire de la liberté de la presse », *Justice*, n° 186, mars 2006, pp. 33-36.

[2547] PIOT Philippe, « Les critères de la Cour européenne des droits de l'Homme relatifs à la publication, par la presse, de l'identité des personnes impliquées dans une procédure pénale », *Gaz. Pal.*, mercredi 13, jeudi 14 juin 2012, pp. 18-19 – Cour EDH, 7 février 2012, *Axel Springer c. Allemagne* [Grande chambre], Req. n° 39954/08.

l'absence de publicité des règles et des contentieux. Selon le principe selon lequel toute règle qui ne peut supporter l'épreuve de sa publicité est injuste, il est impératif, désormais, que les règles déontologiques des différents médias français soient soumis à la publicité, soient placés sous la protection du public et que les contentieux pouvant surgir à l'occasion de leur application fasse l'objet d'un débat public. C'est ce travail de précision et d'affrontement des idées qui, seul de notre point de vue, peut fonder un socle déontologique durable. Dans cette perspective, un Conseil de presse devrait, dans un premier temps, permettre l'organisation d'un débat au niveau national propre à susciter les convergences, diffuser les solutions retenues et rendre public, à titre de sanction, la méconnaissance des règles déontologiques.
L'enjeu, d'un point de vue économique dans les circonstances difficiles que traverse la presse française actuellement, est aussi celle du rétablissement du lien de confiance unissant le public et la presse. Les même causes produisent les mêmes effets. Si l'absence d'explication relatives aux décisions judiciaires mine, dans notre société actuelle, la confiance et la légitimité de l'institution judiciaire, il y a actuellement plus mal loti : les journaux, dont les décisions éditoriales relèvent souvent, pour le public, de l'opacité la plus complète. La publicité et la transparence que les journalistes réclament des institutions publiques, à commencer par la justice, ne peuvent pas, d'un point de vue moral, ne pas s'appliquer à la presse dès lors que sont en jeu les mêmes questions de libertés publiques et individuelles. Par ailleurs, la diffusion du modèle numérique a pour effet de devoir préciser la nature de la presse d'information. Or, ce qui la distingue est bien son rapport à la déontologie qui fonde son identité et celle des journalistes professionnels. Oublier de mettre en avant cet élément de distinction serait sans doute, aussi, mettre en péril à terme les entreprises de presse qui doivent pouvoir justifier de la qualité des informations qu'elles diffusent si elles veulent continuer à tirer un profit commercial de cette fonction sociale.
Cet aspect du rapport entre respect des droits de la personnalité et droit du public à l'information encadré par l'émergence du domaine déontologique journalistique, l'action des pouvoirs publics, dans le même temps, doit prioritairement porter sur l'établissement d'un rapport de confiance entre la justice et le public, propre à conforter la légitimité de l'institution judiciaire et renforcer l'Etat de droit. Cette évolution devra sans doute dépasser le rapport de défiance qui existe, depuis la Révolution française, entre le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire. Le changement de nature de ce dernier pour se hisser au rang d'un véritable pouvoir passe, là encore, par la question de la publicité, seul moyen de donner à la Justice la légitimité nécessaire à son élévation.

Bibliograpie

I. Ouvrages généraux, traités, manuels, cours

ADAM Alexander, *Antiquités romaines*, Paris, Verdière, 1818.
ADER André, DAMIEN Henri, *Règles de la profession d'avocat*, Paris, Dalloz, 2011.
ANDRIANSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric et collectif, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.
AYRAULT Pierre, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et les Romains ont usé es accusations publiques (sinon qu'ils ayent commencé à l'exécution) conféré au stil et usage de nostre France*, Paris, Laurent Sonnius, 1615.
BEIGNIER Bernard, de LAMY Bertrand, DREYER Emmanuel et collectif, *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, LexisNexis, 2009.
BEIGNIER Bernard, BLANCHARD Bernard, VILLACEQUE Jean, COTTIN Jean-Paul, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris, LGDJ, 2007.
BERENGER Alphonse, *De la justice criminelle en France d'après nos lois permanentes*, Paris, L'Huillier, 1818.
BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Sirey, 2011.
BLACKSTONE William, *Commentaries on the laws of England*, 4ème livre, vol. 2, Philadelphie, Childs and Peterson, 1860.
BONNEVILLE, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, Paris, Joubert, 1847.
BONFILS Henri, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire de compétence et de procédure*, Paris, LGDJ, 1901.
BONFILS Philippe, **AMBROISE-CASTEROT Coralie**, *La procédure pénale*, Paris, *coll. Thémis Droit*, PUF, 2011.
BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, 2008.
BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2011.
BOULOC Bernard, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, 2011.
BOULOC Bernard, *Pénologie : exécution des sanctions adultes et mineurs*, Paris, Dalloz, 2005.
BOULOC Bernard, STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2012.
BRISSOT DE WARVILLE Jacques, *Théorie des lois criminelles*, Paris, Desauge, 1781.
CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Anne-Marie, REVET Thierry et collectif, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2012.
CADIET Loïc, NORMAND Jacques, AMRANI SEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, Paris, coll. Thémis Droit, 2010.
CANIVET Guy, JOLY-HURARD Julie, *La déontologie du magistrat*, Paris, Dalloz, 2009.
CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2006.
CARETTE A., GILBERT P, *Lois annotés*, Paris, Administration du recueil général des lois et des arrêts, 1861.
CHAGNOLLAUD Dominique, DRAGO Guillaume, Dictionnaire des droits fondamentaux, Paris, Dalloz, 2010.
CHAMBON Pierre, *La chambre d'accusation*, *Manuel Dalloz de droit usuel*, Paris, Dalloz, 1978.
CHAPSAL Jacques, *La vie politique en France de 1940 à 1958*, Paris, *Thémis sciences politiques*, PUF, 1990.
CHAUVEAU Adolphe, HELIE Faustin, *Théorie du Code pénal*, Paris, Gobelet, 1836.
COKE Edward, *The third part of the institutes of the laws of England*, Londres, The Lawbook Exchange, 1817.
CONSTANT Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Plancher, 1818.
CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.
DEBUYST Christian, DIGNEFFE Françoise, PIRES Alvaro, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008.
DECOCQ André, MONTREUIL Jean, BUISSON Jacques, *Le droit de la police*, Paris, Litec, 1998.

DENISART Jean-Baptiste, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, vol. 2, Paris, Dessaint, 1783.
DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit*, 3 tomes, Paris, Seuil, 2006 et 2007.
DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004.
DERIEUX Emmanuel, GRANCHET Agnès, *Droit des médias : droit français, européen et international*, Paris, LGDJ, 2010.
DESPORTES Frédéric, LE GUNEHEC Francis, *Droit pénal général*, Paris, Economica, 2004.
DOMAT Jean, Les loix civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1745.
DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Paris, Sirey, 1943.
DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2012.
DREYER Emmanuel, *Droit pénal spécial*, Paris, Ellipses, 2012.
DREYER Emmanuel, HUET Jérôme, *Responsabilités civile et pénale des médias : Presse, télévision, Internet*, Paris, LexisNexis, 2012.
DUVERGER François, *Manuel des juges d'instruction*, Poitiers, Imprimerie de Poitiers, 1862.
EISMEIN Adhémar, *Histoire de la procédure criminelle, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882.
EYMERIC Nicolas, *Le manuel des inquisiteurs à l'usage des inquisiteurs d'Espagne et du Portugal*, Lisbonne, 1762.
FORTESCUE John, *De Laudibus Legum Angliae*, trad. AMOS Andrew, Cambridge, Butterwort, 1825.
FOURMENT François, *Procédure pénale*, Orléans, Paradigme, 2010.
GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, Sirey, 1914.
GENY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé*, t. 1, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1919.
GOUTTENOIRE Adeline, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, LEVINET Michel, SUDRE Frédéric, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, *coll. Thémis Droit*, PUF, 2011.
GUINCHARD Serge, BUISSON Jacques, *Procédure pénale*, Litec, 2011.
HALE Matthew, *The History of the Common Law in England*, Chicago, University of Chicago Press, 1971.
HELIE Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, Plon, 1866.
HERZOG-EVANS Martine, ROUSSEL Gildas, *Droit pénal général*, Paris, Vuibert, 2011.
HERZOG-EVANS Martine, Droit de l'exécution des peines, Paris, Vuibert, 2011.
HERZOG-EVANS Martine, Droit pénitentiaire, Paris, Dalloz, 2012.
JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, Belin-Leprieur, 1827.
JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure, 1771.
KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN Charles, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999.
LAINGUI André, LEBIGRE Arlette, *Histoire du droit pénal*, deux tomes, Paris, Cujas, 1979.
LARGUIER Jean, CONTE Philippe, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2010.
LAZERGES Christine, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, 2000.
LE GRAVEREND Emmanuel, DUVERGIER Jean-Baptiste, *Traité de législation criminelle*, vol. 5, 3e éd., Bruxelles, Tartier, 1833.
LOCRE Jean-Guillaume, *Législation civile, commerciale et criminelle*, vol. 13, Bruxelles, Tarlier, 1836.
MABLY Gabriel (Abbé de), *De la législation ou principes des lois*, Amsterdam, 1776.
MANGIN Jean, HELIE Faustin, *De l'instruction écrite et du règlement de la compétence en matière criminelle*, Paris, Hingray, 1847.
MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2010.
MERLE Robert, VITU André, *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1997.
MERLIN Philippe Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. 8, Paris, Garnery, 1827.
MEYER Jonas, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, Paris, Dufour, 1823.
MITTERMAIER Carl, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*, Paris, Thorin, 1868.
MOTULSKY Henri, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973.
MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Les lois criminelles de France*, Paris, 1780.
NGUYEN Quoc Dinh, DAILLIER Patrick., PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1975.
ORTOLAN Joseph, *Cours de législation pénale comparée*, Paris, Joubert, 1841.
PINTO DE OLIVEIRA Carlos-Josaphat, *Ethique chrétienne et dignité de l'homme*, Fribourg, Editions universitaire de Fribourg, 1992.
PRADEL Jean, *L'instruction préparatoire*, Paris, Cujas, 1990.
PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2008.

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2010.
PRADEL Jean, VARINARD André, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2009.
RASSAT Michèle-Laure, *Procédure pénale*, Paris, Ellipse, 2010.
REMI BEAUMANOIR Philippe de, *Les coutumes de Beauvoisis*, Paris, Jules Renouard et Cie, Société de l'histoire de France, 1842.
ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin, 1855.
ROUBIER Paul, Théorie *générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1951.
RUIZ-GIMENEZ CORTES Joaquin, *Derechos fundamentales de la persona* (droits fondamentaux de la personne), Madrid, Université de Madrid, 1980.
SALVADOR Joseph, *Histoire des institutions de Moïse et du peuple hébreu*, Bruxelles, Hauman, 1829.
SMITH Thomas, *De Republica Anglorum : a discourse on the Commonwealth of England*, [1ere éd., 1583], version en anglais de Frédéric William MAITLAND, Londres, The University Press, 1906.
VERDU Pablo Lucas, *Curso de Derecho Politico* (Cours de droit politique), Madrid, Tecnos, 1984.

II. Ouvrages spéciaux

ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1981.
ALLEN Robert, *Les tribunaux criminels sour la Révolution et l'Empire : 1792-1811*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005.
BECCARIA Cesare, *Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien d'après la sixième édition , revue, corrigée et augmentée de plusieurs chapitres par l'auteur, [1ere éd., 1764], Paris, Bastien, 1773
BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires*, trad. DUMONT Etienne, Paris, Dumont, 1840.
BENTHAM Jérémy, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, Bossange, 1823.
BENTHAM Jeremy, *De l'amovibilité des juges*, in *De l'organisation judiciaire et de la codification*, Œuvres de Jeremy Bentham, vol. 1, Bruxelles, Hauman, 1830.
BENTHAM Jeremy, *Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques*, vol. 1, trad. DUMONT Etienne, Paschoud, Genève, 1816.
BOT Sophie, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Larcier, 2009.
BRISSOT de WARVILLE Jacques, *Le sang versé innocent vengé, ou Discours sur les réparations dues aux accusés*, Paris, Desauges, 1781.
CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du Parquet*, Paris, PUF, 2000.
CARBASSE Jean-Marie, *La peine de mort*, Paris, *coll. Que Sais-Je*, PUF, 2011.
COLLIN Fernand, *Enrico Ferri et l'avant-projet de Code pénal italien de 1921*, Bruxelles, Larcier, 1925.
CONSTANT Benjamin, *De la force du gouvernement. Des réactions politiques. Des effets de la Terreur*, Paris, Editions du Boucher, 2002,
CONSTANT Benjamin, *Principes de politique*, in *Œuvres de Benjamin Constant*, « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1951.
CONSTANT Benjamin, Observations sur le discours prononcé par S.E. le ministre de l'Intérieur en faveur du projet de loi sur la liberté de la presse, 20 août 1814, Paris, Nicolle, 1814.
DELAGE Christian, *La Vérité par l'image*, Paris, Denoël, 2006.
DESSALLES Léon, *Quelques réflexions sur la détention préventive*, Paris, Cotillon,1863
DUGIT Ernest, *Etude sur l'Aréopage athénien*, Paris, Thorin, 1867.
DUPIN André, *Lettres sur la profession d'avocat*, Bruxelles, Tarlier, 1833.
DUPIN André, *De la libre défense des accusés*, Paris, Arthus-Bertrand,1815
FENECH Georges, *Presse Justice, liaisons dangereuses.*
FERRI Enrico, *La sociologie criminelle*, Paris, Rousseau, 1893.
FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir* [1975], Paris, Gallimard, 2008.
GAROFALO Raffaele, *La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 1890.
GARAPON Antoine, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996
GARAPON Antoine, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001.
GONTHIER Nicole, *Le châtiment du crime au Moyen Age*, Rennes, *coll. Histoire*, Presses Universitaires de Rennes, 1998.
HAWLES John, *The English-Man's Right : A Dialogue Between a Barrister at Law and a Jury-Man*, [1680], Londres, Free-School Whitechapel, 1844.
HOAREAU-DOINAU Jacqueline, TEXIER Pascal (dir.), *La peine : discours, pratiques, représentations*, « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », vol. 12, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2005.

LOMBROSO Cesare, *L'anthropologie criminelle et ses récents progrès*, Paris, Alcan, 1891
LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel*, Paris, Alcan, 1887.
LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel ; criminel né, fou moral, épileptique, criminel fou, criminel d'occasion*, Alcan, Paris, 1895.
LOMBROSO Cesare, *Le crime, causes et remèdes*, 2e éd., Paris, Alcan, 1907.
MENDEL Toby, *Liberté de l'information, Etude juridique comparée*, Paris, UNESCO, 2008.
ROUBEROL, *Textes et documents des révolutions anglaises*, Paris, Aubier, Hachette, 1985.
SALAS Denis, *La volonté de punir*, Paris, Hachette, 2005.
SIMONDE DE SISMONDI Jean-Charles, *Etudes sur les constitutions des peuples libres*, Bruxelles, 1836.
TULKENS Françoise (dir.), *Généalogie de la défense sociale (1880-1914*), Bruxelles, E. Story-scientia, 1988.

III. Autres ouvrages

AMERINGER Charles, *US Foreign Intelligence*. *The Secret Side of American History*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1990.
ARENDT Hannah, *Condition de l'homme moderne*, « Agora », Paris, Pocket, 1983.
ARISTOPHANE, *Les guêpes*, trad. Poyard, Paris, Hachette, 1865.
ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992.
AUSTIN R.C., *Give God a flower*, Creekside Press, 2002.
BADINTER Robert, *L'exécution*, Paris, Le livre de poche, 1973.
BADINTER Robert, *L'abolition*, Paris, Le livre de poche, 2000.
BRAITHWAITE John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, University Press, 1989.
BAYLE Pierre, *Commentaire philosophique sur ces paroles de Jesus-Christ « Contrain-les d'entrer » ou Traité de la tolérance universelle*, tome 1, fac-similé de l'édition publiée en 1713 à Rotterdam par Fritsch et Böhm, Rotterdam, Elibron Classics, 2005.
BESSETTE Jean-Michel, *Il était une fois la guillotine*, Paris, Editions alternatives, 1982.
BILLY André, PIOT Jean, Le monde des journaux, Paris, Crés, 1924.
BONNET Christian, *Athènes*, PUF, coll. « Que sais-je », 1997
CIVARD-RACINAIS Alexandrine, Le journaliste, l'avocat et le juge – Les coulisses d'une relation ambiguë, Paris, L'Harmattan, 2003.
CUCHEVAL Victor, *Etude sur les tribunaux athéniens et les plaidoyers civils de Démosthène*, Paris, Durand, 1863
D'AGUESSEAU Henri François, *Œuvres choisies du Chancelier d'Aguesseau précédées d'une notice sur sa vie*, Paris, Firmin Didot Frères, 1850
D'AGUESSEAU Henri François, *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, Paris, Fantin, 1819
DUMOUCHEL Paul (dir), *Violences, victimes et vengeances : comprendre pour agir*, Paris, L'Harmattan, 2001.
DURKHEIM Emile, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1996.
FOUCAULT Michel, *Dits et écrits, 1954-1988*. Vol. 2, Paris, Gallimard, 2001
GIRARD René, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972.
GARAPON Antoine, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002.
GARAPON Antoine, SALAS Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem, leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006.
GAUCHET Marcel, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.
HABERMAS Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, trad. HUNYADI Mark, Paris, Flammarion, 2006
HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, trad. ROCHLITZ Rainer et BOUCHINDHOMME Christian, Paris, Gallimard, 1997.
HABERMAS Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratichen Rechtsstaats*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkramp Verlaag, 1992
HABERMAS Jürgen, *L'espace public*, 17e édition, Paris, Payot, 2008.
HABERMAS Jürgen, *Théorie de l'Agir communicationnel, rationalité de l'agir et rationalité de la société*, trad. SCHLEGEL Jean-Marc, Paris, Fayard, 1987.
HESIODE, Théogonie- La naissance des dieux, trad. Bonnafé, Paris, Rivages, 1993, note 8
KANT Emmanuel, *Projet de paix perpétuelle*, Könisberg, Nicolovius, 1796
KANT Emmanuel, *Critique de la raison pure*, « Quadrige », Paris, PUF, 1990.
KANT Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, « Quadriage », Paris, PUF, 1989.
LEVEQUE Pierre, VIDAL-NAQUET Pierre, *Clisthène l'Athénien*, Paris, Macula, 1983
PLATON, La République, Livre I.
ROSANVALLON Pierre, *Pour une histoire conceptuelle du politique*, Paris, Seuil, 2003
ROSANVALLON Pierre, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.
SALAS Denis, La volonté de punir- Essai sur le populisme pénal, « Pluriel », Paris, Hachette, 2005.
SUETONE, *Œuvres complètes*, trad. Nisard, Paris, Dubochet, 1845

TITE-LIVE, *Œuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*, trad. Nisard, Paris, Dubochet, 1864
VAN DE KERCHOVE Michel, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Faculté Saint Louis, 2007
VAN DE KERCHOVE Michel, *Le Droit sans peine*, Bruxelles, Faculté Saint Louis, 1987
VERNANT Jean-Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, Paris, presses universitaires de France, 1997

IV. Thèses

ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVIe-XVIIIe s.) : Audace et pusinallimité de la doctrine pénale française*, thèse, Université Montpellier I, Faculté de Droit, 1996.
AGOSTINELLI Xavier, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 1994.
BASTIEN P , *L'exécution publique à Paris au XVIIIe siècle. Une histoire des rituels judiciaires*, Seyssel, Champ Vallon, coll. Epoques, 2006.
BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, *coll. Bibliothèque de droit privé*, tome 234, 1995.
BENNILOUCHE Mikaël, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, Université d'Aix Marseille, 2003.
CIVARD-RACINAIS Alexandrine, *Le journaliste, l'avocat et le juge. Les coulisses d'une relation ambiguë*, Paris, L'Harmattan, 2003.
DESPREZ François, *Rituel judiciaire et procès pénal*, Paris, LGDJ, *coll. Bibliothèque de droit privé*, tome 46, 2009.
GARAPON Antoine, *Le rituel judiciaire. Etude de sociologie juridique sur les formes symboliques du droit*, Université Paris II, 1982.
GIUDICELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, Université de Poitiers, 1979.
GOUTAS Nasrédine, *Le sentiment d'injustice subie : un nouveau regard sur l'agression*, Université de Franche-Comté, 2002.
JEANDIDIER Wilfrid, *La juridiction d'instruction du second degré*, Université de Nancy 2, 1975.
HENRION Hervé, *La nature juridique de la présomption d'innocence*, Université Montpellier I, 2004.
LAIR Adolphe, *De la réhabilitation des condamnés dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne, comparée dans ses effets avec la grâce, l'amnistie et la révision*, Université de Paris, 1859.
LAZERGES-ROTHE Christine, *La Cour d'assises des mineurs et son fonctionnement. Etude sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, *coll. Bibliothèque de sciences criminelles*, tome 15, 1973.
MOULINS Charles de, *De la publicité et de la contradiction dans la procédure pénale*, Université de Toulouse, 1921
PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, *coll. Bibliothèque des sciences criminelles*, tome 36, 2002.
PRODHOMME Magali, *La place du discours sur l'éthique dans la construction de l'espace et de l'identité professionnel des journalistes*, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ, Fondation Varenne, 2005.
REBATTET François-Xavier, *The European Movement, 1945-1953 : a study in national and international non-governemental organisations working for european unity*, University of Oxford, 1962.
VERGES Etienne, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Université Aix-Marseille, 2000.

V. Articles juridiques

AMBROISE-CASTEROT Coralie, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, pp. 29-42.
ANCEL Marc, « La césure du procès pénal », *in : Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 207 et s.
ANGEVIN Henri, « De la motivation des décisions des juridictions comportant un jury », *Droit pénal*, 1996, pp. 1-5.
ALSCHULER Albert, « *Plea Bargaining and Its History* » , *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, pp. 221-223

AUVRET Patrick, *Le journaliste, le juge et l'innocent. Fable relative à la présomption d'innocence, au secret de l'instruction et aux droits de la personne*, RSC, 1996, p. 625 et s.
AUVRET Patrick, *« Le journalisme d'investigation selon la Convention européenne des droits de l'homme »*, *Légipresse*, avril 1997, II, p. 35.
BADINTER Robert, « Justice, image, mémoire », *Questions de communication*, n° 1, mars 2002, p. 98.
BADINTER Robert, « Une si longue défiance », *Pouvoirs* n° 74, 1995, *Les juges*, pp. 7-12.
BLANC Alain, « L'audience », *in* dossier « Les violences sexuelles », *AJ Pénal*, 2004, pp. 15-19.
BLERY Corinne, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Revue histoire de la justice*, n° 4, 1991, pp. 79-97.
BOLARD Georges, « *L'arbitraire du juge »* in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, D. 2000, pp. 225-241.
BOLARD Georges, **GUINCHARD Serge**, « Le juge dans la cité », *JCP G* 2002, I, 137.
BONFILS Philippe, « La participation de la victime au procès pénal une action innomée », *in Mélanges offerts à Jean Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, pp. 179-191.
BORE Louis, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2002, I, 104.
BOULOC Bernard, « Les droits de la défense en péril ? », *D.* 2005, Chron., p. 1297.
BROUCHOT Jean, « La chambre d'accusation », Revue de Sciences Criminelles, 1959, p. 327.
BURGELIN Jean-François, « Les petits et grands secrets du délibéré », *Dalloz, chronique*, 2001, p. 2755.
BURGELIN Jean-François, « Le juge et son serment », *La vie judiciaire*, 4 février 1996, n° 2.
BURGELIN Jean-François, « Un faux problème : accusatoire contre inquisitoire », *Regards sur l'actualité* n° 300, pp. 49-55.
BURGELIN Jean-François, « La loi de 1881, Loi du XXIe siècle ». *Actes du colloque de l'association Presse-Liberté du 30 juin 2000*, Paris, p. 10.
BUSSY Florence, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *Rev. Sc. Crim.* 2007, pp. 39-55.
BUISSON Jacques, « La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008 », *Procédures* 2008, Etude n° 4.
CADIET Loïc, « L'ypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », APD, tome 45, *L'américanisation du droit*, 2001, pp. 89-115.
CADIET Loïc, **GUINCHARD Serge**, « Les nouvelles dimensions de la justice pénale », *Justices, revue générale de droit processuel*, n° 10, avril-juin 1998, *La justice pénale*, pp. VII-X.
CANIVET Guy , *« Discours à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 11 janvier 2002 »*, *Gaz. Pal.*, 8-9 mars 2002, p. 11.
CARBASSE Jean-Marie, *La peine en droit français, des origines au XVIIe siècle, in La peine : Europe avant le XVIIIe*, vol. 2 de La Peine, Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, De Boeck Université, 1992, p. 164.
CARBASSE Jean-Marie, « Le droit pénal dans la déclaration des droits », Droits n° 8, 1988, *La déclaration de 1789*, pp. 123-134.
CARBONNIER Jean, « La religion, fondement du droit ? », *APD*, tome 38, *Droit et religion*, 1993, pp. 17-21.
CARBONNIER Jean, « *Le problème de la détention préventive* », Revue générale de Droit, 1937, p. 126.
CARIO Robert, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *D.* 2003, Chron., pp. 145-151.
CASSIN René, « Droits de l'homme et méthode comparative (1) », *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n° 3, p. 449.
CECCHETTINI-WALEY Gail, « *Children as witnesses after Maryland v. Craig* », *California Law Review*, vol. 65 S, 1991-1992, p 1993
CERE Jean-Paul, « Les nouveaux modes de poursuite des contraventions au code de la route et le droit à un procès équitable », *AJ Pénal*, 2003.
CHABANOL Daniel, « Théorie de l'apparence ou apparence de la théorie, Humeurs autour de l'arrêt Kress » AJDA, 2002, p. 9 et s .
CHAMBON Pierre, « Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale », *J.C.P.*, 1959,I.1531 bis.
CHAPAR Fernand, « Le serment des jurés de la cour d'assises », *D.* 1962, Chron., pp. 803-804.
CHOQUET Claude, « L'affaire de Toulouse et le secret de l'instruction », *Dalloz*, 2003, p. 1915.
CICCHINI Michale, « *Broken Government Promises : A Contract-Based Approach to Enforcing Plea Bargains* » , *New Mexico Law Review*, vol. 38, 2008, p. 159.
CLOSE Frédéric, « Requérir la peine privative de liberté et son exécution », in *La durée et l'exécution des peines, Rapports de la journée du 22 avril 1988*, Liège, Jeune barreau de Liège, 1988, p. 33.
COCHE Arnaud, « La justice pénale sans audience, une justice en enfer », *D.* 2008, Point de vue, pp. 2180-2181.
COHEN Antonin, « La Constitution européenne. Ordre politique, utopie juridique et guerre froide », *Critique internationale*, 1/2005 (n° 26), p. 129.

CONTE Philippe, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal » in *Droit et actualité. Etudes offertes à Jacques Béguin*, Paris, LexisNexis, Litec, 2005, pp. 141-149.
COSTA Jean-Paul, « Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2002, Doctr. Pp. 1418-1420.
COSTE Jean-Louis, « Les principes d'action du parquet face à la présomption d'innocence », in *Présomption d'innocence en droit comparé*, Centre français du droit comparé-société de législation comparée, 1998, pp 40-41.
CROZE Hervé, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », *in Etudes offertes à Jacques Normand. Justice et droits fondamentaux*, Paris, Litec, 2003, pp. 125-139.
DAMIEN André, « La liberté de la défense et le délit d'audience », *Gaz. Pal*. 1982, 1, Doctr. Pp. 192-196.
DALLOZ Victor et Armand, « Publicité des débats judiciaires », *Répertoire*, t. 19, Paris, 1852.
DANTI-JUAN Michel, « Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal », *in Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, *Dalloz*, 2007, pp. 275-285.
DAVID Marcel, « Jury populaire et souveraineté », *Droit et société* n° 36-37, 1997, pp. 401-449.
DE LA PRESLE Anne, « La réorganisation de l'informatique juridique documentaire en France », *ADJA*, 1986, pp. 343-358.
DELMAS-MARTY Mireille, « Justice télévisée ou médias justiciers ? », *in Hommage à André Braunschweig. Mettre l'homme au cœur de la justice*, Paris, AFHJ, Litec, 1997, pp. 151-161.
DELMAS-MARTY Mireille, « Vers un modèle européen de procédure pénale », *arch. Pol. Crim*. n° 22, 2000, pp. 21-30.
DI MARINO Gaëtan, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », *in Mélanges offerts à Jean Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, pp. 317-334.
DIVIER Pierre-François, « L'instruction pénale française à l'épreuve du procès équitable européen », *D.* 2004, Chron., pp. 2948-2952.
DRAI Pierre, « Le délibéré et l'imagination du juge », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'onneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 107-120.
DOUCET Jean-Paul, « La détention préventive mesure exceptionnelle ? », Gaz. Pal., 1966 I.D.130.
FAVRE Jules, « *De la mise en détention des inculpés* », *Le Droit*, 14 juin 1875.
FERNANDEZ SEGADO Francisco, « La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 67, 2006, p. 451 et s.
FINIELZ Robert, « Publicité des débats : audience sur la détention », *RSC*, 2008, p. 233
FLAUSS Jean-François, « Actualités de la Convention européenne des droits de l'Homme », AJDA, 1995, p 730.
FRANCOIS Lyn, « Le doit du procès pénal à l'épreuve de sa médiatisation », *Rev. pénit*., 2003, pp. 87-98.
FOURMENT François, « La protection des sources des journalistes », *AJ Pénal*, 2007, pp. 16-18.
FOURMENT François, MICHALSKI Cédric, PIOT Philippe, « Liberté journalistique : coup de semonce sur le recel de violation du secret de l'instruction », *Communication Commerce Electronique*, n° 5, mai 2008, pp. 11-16.
FRIEDMAN Lawrence, « *Plea Bargaining in Historical Perspective* », *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, pp. 247-256.
FRIEDRICH, Carl J., « *Rebuilding the German Constitution, I* », *The American Political Science Review*, juin 1949, vol.XLIII, n° 3.
FRIEDRICH, Carl J., «*Rights, Liberties, Freedoms : a Reappraisal* », *The American Political Science Review*, decembre 1963, vol. LVII, n° 4.
FRISON-ROCHE Anne-Marie, « L'impartialité du juge », D. 1999, p. 53.
FRSON-ROCHE Anne-Marie, « La responsabilité des magistrats : l'évolution des idées », *JCP G* 1999, I, 174.
GARAPON Antoine, « La Révolution invisible », *Les Petites Affiches*, 9 novembre 1998, n° 134.
GARAPON Antoine, « Les paradoxes de l'image de la justice », *Les cahiers français n° 251*, mai-juin 1991, *La justice*, pp. 104-110.
GARAPON Antoine, « La justice est-elle délocalisable dans les médias », *Revue juridique d'Ile de France*, n° 35, décembre 1994-janvier 1995, pp. 77-95.
GARAPON Antoine, « Faut-il filmer les audiences ? », *Justices, revue générale de droit processuel*, n° 3, janvier-juin 1996, *Justices et pouvoirs*, pp. 127-132.
GILBERT Pierre, « Le procès dans la Bible », *Revue Esprit*, août-septembre 2007, pp. 137-146.
GONIDEC Pierre-François, « Les D.O.M et les T.O.M. devant la Convention », *Revue des droits de l'homme*, 3 (1970), pp. 670-686.
GOODMAN Gail, LEVINE Murray, MELTON Gary, OGDEN David, « *Child witnesses and the confrontation clause* », *Law and Human Behavior*, vol. 15, février 1991, pp. 13-29.

GRZEGORCZYK Christophe, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, tome 19, *Le langage du droit*, 1974, pp. 229-241.
GUERRIN Murielle, « Les principales causes de nullité de l'audience pénale », *AJ Pénal* 2008, pp. 181-186.
GUIDORIZZI Douglas, « *Should We Really 'Ban' Plea Bargaining ? The Core Concerns of Plea Bargaining Critics* », *Emory Law Journal*, vol. 47, 1998.
GUINCHARD Serge, « Les procès hors les murs », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu. Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Paris, PUF, 1994, pp. 201-216.
GUINCHARD Serge, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 1998, *Les droits fondamentaux*, pp. 191-208.
GUINCHARD Serge, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 139-173.
GUINCHARD Serge, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? » *in Mélanges Jacques van Compernolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 201-248.
HENRION Hervé, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une théorie législative du procès pénal ? », *Arch. Pol. Crim.* n° 23, 2001, pp. 13-52.
KARSENTY Dominique, « Le droit au procès équitable » in Cour de cassation, *Deuxième partie : Etudes et documents, Etudes sur le thème des libertés*, Rapport annuel 2001.
KOERING-JOULIN Renée, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme », *R.S.C.*, 1990, p. 765.
KOERING-JOULIN Renée, SEUVIC Jean-François, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, numéro spécial, *Les droits fondamentaux*, pp. 106-129.
JANVILLE Thomas, « Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France », *Petites affiches*, 22 mars 2005, n° 57, p. 6 et s.
KENSEY Annie, « Trois incarcérations sur quatre au titre de la détention provisoire », *AJ Pénal*, octobre 2003, p. 20.
LAMBERT Pierre, « Les caméras de télévision dans les salles d'audience » *in L'Honnête homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 253-260.
LANGBEIN John, « *On the Myth of written Constitution : The disappearance of criminal Jury Trial* », *Harvard Journal of Law and Public policy*, vol. 15, 1992, pp.119-127.
LANGBEIN John, « *Understanding the Short History of Plea Bargaining* », *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, p. 265.
LAURIN Yves, « Le secret du délibéré », *Dalloz*, 2007, p. 856.
LAVRIC Sabrina, « La visioconférence : le procès de demain ? », AJ Pénal 2007, pp. 464-467.
LAZERGES Christine, « Le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Rev. sc. crim.* 1999, pp. 166-177.
LAZERGES Christine, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *Rev. sc. crim.* 2004, pp. 725-736.
LAZERGES Christine, « Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », *in Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 573-589.
LEAUTE Jacques, « La notion contemporaine de justice en démocratie », *in Mélanges offerts à Robert Legros, Bruxelles*, Editions de l'Université de Bruxelles, Faculté de Droit, 1985, pp. 345-350.
LEBLOIS-HAPPE Jocelyne, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1994, pp. 525-536.
LE CALVEZ Jacques, *Le danger du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme*, D. 2002, p. 3024.
LE CALVEZ Jacques, « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 1987, 2, Doctr., pp. 681-683.
LEMAIRE André, « *La peine en droit hébraïque antique* », in *La peine*, « Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions », Congrès 23, Barcelone, première partie, antiquité, éd. De Boeck université, 1991, pp. 51-76.
LEMOINE Pascal, « La liberté de parole des magistrats du ministère public. A propos d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 septembre 2007 », *Droit pénal* 2008, Etude n° 7.
LEVASSEUR Georges, « Chronique de défense sociale », RSC, 1968, p. 364
LEVASSEUR Georges, « Les nullités de l'instruction préparatoire », n° 2, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Paris, 1966, p. 471.
LEVASSEUR Georges, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *Revue de Sciences Criminelles*, 1991, p. 9.
LEVASSEUR Georges, « *La publicité dans le procès pénal*, in *Chronique de défense sociale, 22e journées de défense sociales, journées franco-suisses, Neuchâtel, 13 et 14 novembre 1975*, RSC, 1976, pp 519-535.
LINDON Raymond, « La motivation des arrêts de la cour de cassation », *JCP G* 1975, I, 2681.

LINDON Raymond, « La télévision à l'audience ? », *D.* 1985, Chron. Pp. 81-82.
LUCHAIRE François, « Contribution au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, 2000, p. 111.
MAGENDIE Jean-Claude, « La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée », *Dalloz, Doctrine*, 2004, p. 2414 et s.
MARGUENAUD Jean-Pierre, « La soumission des mesures provisoires aux exigences du droit à un procès équitable et la dénonciation du lien de fraternité entre le juge et l'avocat de la partie adverse ou les grandes conséquences d'une affaire sans importance », RTD Civ *2010, p. 285 et s.*
MARGUENAUD Jean-Pierre, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, Chron, pp. 249-255.
MARTENS Paul, *Conclusion*, in *Le devoir de réserve : l'expression censurée ? Actes de la table ronde organisée par l'Institut d'Etudes sur la justice le 17 octobre 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 169.
MATSOPOULOU Haritini, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008, Chron., pp. 1494-1500.
MASTOR Wanda, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Dalloz*, 2010, p. 714 et s.
MAYAUD Yves, « Secret professionnel de l'avocat et droits de la défense », *RSC*, 2009, p. 97.
MAYER Danièle, CHASTAING Jean-François, « Application erronée de la règle pas de nullité sans grief en matière de publicité des débats », note, D. 1999. 689.
MAYER Danièle, « Evolution de l'attitude de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Mélanges offerts à Georges Levasseur, Droit pénal et droit européen*, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992, pp. 239-247.
MIKALEF-TOUDIC Véronique, « L'image du procès », *Communication-Commerce Electronique* 2003, chron. N° 5.
MURDOCH Jim, Le *traitement des détenus : critères européens*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, note n° 138, p 203.
PECES BARBA Gregorio, « De la fonction des droits fondamentaux » in *Le Patrimoine constitutionnel européen, Actes du séminaire UniDem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996,* « Science et tecnique de la démocratie », vol. 18, Conseil de l'Europe, Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politique (C.E.R.CO.P.), Université de Montpellier, 1997, p. 219. – Conseil de l'Europe, Doc. CDL-STD (1996) 018.
PELTIER Virginie, « Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire. Exégèse de l'article 11 alinéa 3 du Code de procédure pénale », *Droit pénal* 2008, Etude n° 16.
PIERRON Gérard, « La manifestation d'opinion de la part du juré », *Rev. sc. crim.* 1940, pp. 339-360.
PIN Xavier, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 245-261.
PIOT Philippe, « Cimenter la pierre angulaire de la liberté de la presse », *Justice*, n° 186, mars 2006, pp. 33-36.
PIOT Philippe, « L'article 10 de la Convention européenne et les droits obligations d'un « *chien de garde* » responsable et professionnel », *Gaz. Pal*., mercredi 2, jeudi 3 mars 2011.
PIOT Philippe, « Ne pas respecter la déontologie est une faute, à réprimer de façon proportionnée », *Gaz. Pal.*, mercredi 29, jeudi 30 septembre 2010, p. 24.
PIOT Philippe, « La déontologie journalistique, une source de droit juridiquement indéfinie », *Gaz. Pal*., mercredi 3, jeudi 4 mars 2010, pp. 21-22.
PIOT Philippe, « Cimenter la pierre angulaire de la liberté de la presse », *Justice*, n° 186, mars 2006, pp. 33-36.
PIOT Philippe, « Les critères de la Cour européenne des droits de l'Homme relatifs à la publication, par la presse, de l'identité des personnes impliquées dans une procédure pénale », *Gaz. Pal*., mercredi 13, jeudi 14 juin 2012, pp. 18-19.
PRADEL Jean, « La condamnation fondée seulement sur des témoignages anonymes est contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », D. 1998, p. 174.
PRADEL Jean, « La simplification de la procédure applicable aux contraventions », *D.* 1972, Chron., pp. 153-156.
PRADEL Jean, « Les techniques audiovisuelles, la justice et l'histoire », *D.* 1986, Chron., pp. 113-118.
PRADEL Jean, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, Chron. pp. 1-9.
PRADEL Jean, « Défense du système inquisitoire », *Regards sur l'actualité* n° 300, 2004, pp. 57-62.
PRADEL Jean, « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau », *JCP G* 2007, I, 138.
ROBERT Philippe, « Un casse-tête législatif : la détention provisoire », Bulletin d'information du Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit, *Questions Pénales*, 1994, VII, 1.
ROLLAND Maurice, « Les phases du procès pénal », Rev. sc. crim. 1973, pp. 335-342.
ROURE Sandrine, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires, une judiciarisation du débat public », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, 2006.
SAINT PIERRE François, « La nature juridique des droits de la défense », *D.* 2007, Chron., pp. 260-266.

SALAS Denis, « Le moment singulier du jugement », *Droit et cultures*, 28, 1994, pp. 93-95.
SALAS Denis, « Justice et démocratie en France : un Etat de droit inachevé », *Les Cahiers français* n° 334, septembre-octobre 2006, *La justice, réformes et enjeux*, pp. 3-8.
SAUVEL Tony, « Histoire du jugement motivé », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1955, pp. 5-53.
SCOTT Robert, STUNTZ William, « *Plea Bargaining as Contract* », *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, p. 1912
SERVAIS Jean, « Rapport du Comité de Législation pour l'instruction contradictoire », *Revue de Droit Pénal*, 1914, pp. 102 et s.
SOULEZ-LARIVIERE Daniel, « La transparence et la vertu », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 933-937.
SOULIER Gérard, « Le théâtre et le procès », *Droit et société* n° 17-18, 1991, pp. 8-23.
SOYER Jean-Claude et De Salvia Michele, « Article 6 », in *Convention européenne des droits de l'homme, commentaires article par article*, Litec, 1999, *pp. 256 et s.*
STANDEN Jeffrey, « *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines* » *California Law Review*, vol. 81, 1993, p. 1471
TAIEB Emmanuel, « L'exécution soumise au regard. Anthropologie et économie du regard sur les mises à mort publiques », *Communications*, n° 75, *Le sens du regard*, 2004, pp. 57-74.
TAIEB Emmanuel, « Le processus de dépublicisation des exécutions dans la France de la IIIe République », *Frontières*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 50.
TASCHEREAU Jules-Antoine, *La Question sous Louis XVI*, Revue rétrospective, seconde série, t. 4, 1835, pp. 161-183.
TERRE François, « Sur l'image de la justice », *in Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 121-140.
TERWANGNE Cécile de, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *Petites affiches*, n° 194, 29 septembre 2005, p. 40.
TORTERAT Jérémie, TIMBART Odile, « *L'exécution des peines d'emprisonnement* », Infostat Justice, n° 83, Ministère de la Justice, juillet 2005, p. 1.
TOUFFAIT Adolphe, TUNC André, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la cour de cassation », *RTD civ.* 1974, pp. 487-508.
TOUSSAINT Philippe, « Du bon usage de la chronique judiciaire », *in Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, Faculté de Droit, 1985, pp. 641-651.
TRUCHE Pierre, « Le juge et la presse », *Revue Esprit*, mars-avril 1995, pp. 5-12.
TULKENS Françoise, « L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 318.
TULKENS Françoise, *Le droit à la liberté d'expression et d'information*, in *Conférence sur La liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée*, Rapport, Strasbourg, 23 septembre 1999, Conseil de l'Europe, Direction générale des Droits de l'Homme, Doc. DH-MM (2000) 007, p. 7.
TULKENS Françoise, LOTARSKI Jaroslaw, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Mélanges Jacques van Compernolle, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 731-768.
VALDRINI Patrick, « Le procès canonique », *APD*, tome 39, Le procès, 1995, pp. 139-144.
VARAUT Jean-Marc, « La légitimité du juge » in SAMET, *Justice, transparence et démocratie*, La Ferté Saint Aubin, Val de France Editions, *coll. L'archer*, 1997, pp. 70-76.
VEDEL Georges, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, mars-août 1989.
VITU André, « Le principe de la publicité dans la procédure pénale », in : *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, 1968, p. 308.
VITU André, « La Cour d'assises dans le Code de procédure pénale », *Rev. sc. crim*. 1959, pp. 539-576.
VOUIN Robert, « La Cour d'assises française de 1808 à 1958 » *in Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en l'hommage de M. Louis Hugueney*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Travaux de la section de droit pénal et sciences criminelles, Paris, Sirey, 1964, pp. 225-237.
ZEMOR Pierre, « Un enjeu pour la justice : être rendue communication comprise », *Justices, revue générale de droit processuel*, n° 4, juillet-décembre 1996, pp. 175-196.
ZOLLER Elisabeth, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites Affiches*, n° 112, 4 juin 2008, p. 26 et s.
ZOLLER Elisabeth, « Procès équitable et due process of law », *D.* 2007, Chron., pp. 517-523.

VI. Autres articles

ADAMS J.-S. , « *Inequity in social exchange* » , in BERKOWITZ L. (ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 2, New-York, Academic Press, 1965, pp. 267-299
BARAZER Claude, « Hontes sans issue », *Documents & Débats, Bulletin Intérieur de l'Association Psychanalytique de France*, n°. 52, 2000
BENASAYAG Miguel, « Utopie et certitude ou le doux-leurre de la certitude », in *Crise des utopies, crise des idéologies ; Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1987, n° 9.
BIESS R.J. et MOAG J.S., « *Interactional justice : communication criteria of fairness* » , in LEWICKI R.J., **SHEPPARD B.H. et BAZERMAN M. H.** (Ed.), « *Research on Negotiation in Organizations* » , vol. 1, *Greenwich*, JAI Press, 1986, pp. 43-55.
BOCQUET-APPEL Jean-Pierre, JAKOBI Lucienne, « La transmission familiale de la longévité à Artez d'Asson (1686-1899) », *Population*, n° 2, 1991, p. 328 et s.
BRACKEN Harry, « *Bayle, Berkeley and Hume* », *Eighteenth-Century Studies*, n° 11, 1977, pp. 227-245
BRANNON Christine, *« Trauma of testifying in Court for child victims of sexual assault versus the accused's right to confrontation »*, *Law and Psychology Review*, vol. 18, 1994, pp. 439-460.
CONNER D.S., *« Socially appraising Justice : a cross-cultural perspective »*, *Social Justice Research*, n° 16, 2003, pp. 29-39.
DE GREEF Etienne, « Le sentiment d'injustice subie », *Annales Médico-Psychologiques*, n°1, 1935, pp. 361-384.
DE ROUGEMONT Denis, « L'Europe en formation », n° 98, mai 1968, pp. 14-15.
DENECKERE Gita, HOOGHE Marc, « La Marche Blanche de Belgique (octobre 1996) : un mouvement de masse spectaculaire, mais éphémère », *Le Mouvement social*, n° 202, 1/2003, pp. 153-164.
DEUTSCH Morton, « *Current social perspectives on Justice* » , *European Journal of Social Psychology*, n° 13, 1983, pp. 305-319.
DULLES Foster Real, RIDINGER Gerald, « *The Anti-Colonial Policies of Franklin D. Roosevelt* », *Political Science Quarterly, 70 (1)*, 1955, pp. 1-18.
GAUVARD Claude, *«* Mémoire du crime, mémoire des peines. Justice et acculturation pénale en France à la fin du Moyen Age », in : *Saint-Denis et la royauté : études offertes à Bernard Guénée*, vol. 59, « Histoire ancienne et médiévale », Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, p. 700.
GOUTAS Nasrédine et Azeddine, « Sentiment d'Injustice subie et ségrégation : des déterminants pour comprendre l'agression chez l'enfant et l'adolescent », *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, Genève, Suisse, n° 4, 2008, pp. 387-402.
HUNT Lynn, *«* Le corps au XVIIIe siècle. Les origines des droits de l'homme ». *Diogène*, Presses Universitaires de France, n° 203, 2003/3, p. 51.
KAYZER Jacques, « La Conférence des Nations unies pour la liberté de l'information », *Politique étrangère*, n°3, 1948, p. 246.
KENSEY Annie, « Dix ans d'évolution du nombre de personnes écrouées de 2000 à 2010 », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 35, octobre 2010, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, p. 2.
LAINGUI André, CREPIN Maryvonne, « La philosopie du droit pénal dans l'Antiquité grecque et romaine », *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1979, pp. 613-627.
LEVENTHAL G.S., « *What should be done with with equity theory ? New approaches to the study of fairness in social relationships* », in GERGEN K., GREENBERG M. et WILLIS R. (Ed.), *Social Exchange : Advances in Theory and Research*, New-York, Plenum Press, 1980, pp. 27-55.
LUPFER M. B., WEEKS K.P., DOAN K.A., HOUSTON D.A., « *Folk conceptions of fairness and unfairness* », *European Journal of Social Psychology*, n° 30, 2000, pp. 405-428.
MADSEN R. Mikael, « La Cour qui venait du froid. Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre », trad. Sandra COSSART, *Critique internationale*, n° 26, janvier 2005, pp. 133-146.
MARTUCCI Roberto, « En attendant Le Peletier de Saint-Fargeau : la règle pénale au début de la Révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 328, 2002, pp. 77 à 104.
MARTUCCI Roberto, *Quatre-vingt neuf ou l'ambiguïté. Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789-1791), pp. 41-60.*
NWAUBANI Ebere, **«** *The United States and the Liquidation of European Colonial Rule in Tropical Africa, 1941-1963* », *Cahiers d'études africaines*, 3/2003, n° 171, pp. 505-551.
PAPADOPOULOS Ioanis, « Guerre et paix en droit et littérature », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, p. 190.
PITTION Jean-Paul, « *Hume's Reading of Bayle : An Inquiry into the Source and Role of the Memoranda* », *Journal of the History of Philosophy*, n° 15, 1977, pp. 373-386.

ROUSSEL Violaine, « Les magistrats dans les scandales politiques », *Revue française de science politique*, 48e année, n° 2, 1998, pp. 245-273.
SCHWARTZ Richard, SKOLNICK Jerome, « *Two Studies of Legal Stigma* », *Social Problem*, vol. 2, 1962, pp. 133-142.
TORTERAT Jérémie, TIMBART Odile, « L'exécution des peines d'emprisonnement ferme », *Infostat Justice*, n° 83, Ministère de la Justice, juillet 2005, p. 1.
TYLER Tom, « *Trust in the law : encouraging public cooperation with the police and courts* », New-York, *Russel Sage Foundation*, 2002, pp. 177-179
VANDERLINDEN Jacques, « La peine, essai de synthèse générale », in *La Peine*, LVIII, vol. 4, *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 1991, p. 435.
VEDEL Georges, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, mars-août 1989.
VIGARELLO Georges, *Histoire du viol, XVIe-XXe siècle*, *Points*, vol. 270, Paris, Editions du Seuil, 2000.

VII. Jurisprudence

A. Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 27 juin 1968, ***Neumeister c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 1936/63.
Cour EDH, 10 novembre 1969, ***Matznetter c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 2178/64
Cour EDH, 17 janvier 1970, ***Delcourt c. Belgique*** [Chambre], Req. n° 2689/65.
Cour EDH, 18 juin 1971, ***De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*** [Cour plénière], Req. n° 2832/66
Cour EDH, 16 juillet 1971, ***Ringeisen c. Autriche*** [Chambre], Req. no 2614/65.
Cour EDH, 21 février 1975, ***Golder c. Royaume-Uni*** [Cour plénière], Req. n° 4451/70.
Cour EDH, 8 juin 1976, ***Engel et autres c. Pays-Bas*** [Cour plénière], Req. n°5100/71.
Cour EDH, 7 décembre 1976, ***Handyside c. Royaume-Uni*** [Cour plénière], Req. n° 5493/72.
Cour EDH, 18 janvier 1978, **Irlande c. Royaume-Uni** [Cour plénière], Req. n°5310/71
Cour EDH, 25 avril 1978, ***Tyrer c. Royaume-Uni*** [Chambre], Req. n° 5856/72
Cour EDH, 9 octobre 1979, ***Airey c. Irlande*** [Chambre], req. n° 6289/73.
Cour EDH, 24 octobre 1979, ***Winterwerp c. Pays-Bas*** [Chambre], Req. n° 6301/79.
Cour EDH, 27 février 1980, ***Deweer c. Belgique*** [Chambre], Req. n° 6903/75.
Cour EDH, 10 mars 1980, ***Luedicke, Belkacem et Koc c. Allemagne*** [Chambre], Req. n° 6210/73, 6877/75, 7132/75
Cour EDH, 13 mai 1980, ***Artico c. Italie*** [Chambre], Req. n° 6694/74.
Cour EDH, 23 juin 1981, ***Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*** [Chambre], Req. n°6878/75, 7238/75.
Cour EDH, 26 mars 1982, ***Adolf c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 8269/78
Cour EDH, 1er octobre 1982, ***Piersack c. Belgique*** [Chambre], Req. n° 8692/79.
Cour EDH, 10 février 1983, ***Albert et Le Compte c. Belgique*** [Cour plénière], Req. n° 7299/75, 7496/76,
Cour EDH, 8 décembre 1983, ***Axen c. Allemagne*** [Cour plénière], Req. n° 8273/78.
Cour EDH, 8 décembre 1983, ***Pretto et autres c. Italie*** [Cour plénière], Req. n° 7984/77.
Cour EDH, 22 février 1984, ***Sutter c. Suisse*** [Cour Plénière], Req. n° 8209/78.
Cour EDH, 9 avril 1984, ***Goddi c. Italie*** [Chambre], Req. n°8966/80
Cour EDH, 28 juin 1984, ***Campbell et Fell c. Royaume-Uni*** [Chambre], Req. n° 7819/77, 7878/77.
Cour EDH, 22 octobre 1984, ***Sramek c. Autriche*** [Cour plénière], Req. no 8790/79.
Cour EDH, 26 octobre 1984, ***De Cubber c. Belgique*** [Chambre], req. n° 9186/80,
Cour EDH, 6 mai 1985, ***Bönisch c. Autriche*** [Chambre], req. n° 8658/79.
Cour EDH, 23 avril 1986, ***Remli c. France*** [Chambre], req. n° 16839/90.
Cour EDH, 8 juillet 1986, ***Lingens c. Autriche*** [Cour plénière], Req. n° 9815/82
Cour EDH, 2 mars 1987, ***Monnel et Morris c. Royaume Uni*** [Chambre], Req. n° 9562/81, 9818/82.
Cour EDH, 2 mars 1987, ***Weeks c. Royaume-Uni*** [Cour plénière], Req. n° 9787/82.
Cour EDH, 26 mars 1987, ***Leander c. Suède*** [Chambre], Req. n° 9248/81
Cour EDH, 30 novembre 1987, ***H. c. Belgique*** [Cour plénière], Req. no 8950/80.
Cour EDH, 29 avril 1988, ***Belilos c. Suisse*** [Cour plénière], Req. no 10328/83.
Cour EDH, 26 mai 1988, ***Ekbatani c. Suède*** [Cour plénière], Req. n° 10563/83
Cour EDH, 29 novembre 1988, ***Brogan et autres c. Royaume-Uni*** [Cour plénière], Req. n° 11209/84.
Cour EDH, 22 février 1989, ***Barfod c. Danermark*** [Chambre], Req. n° 11508/85
Cour EDH, 30 mars 1989, ***Delta c. France*** [Chambre], Req. n° 11444/85.

Cour EDH, 30 mars 1989, ***Lamy c. Belgique*** [Chambre], Req. n°10444/83.
Cour EDH, 24 mai 1989, ***Hauschildt c. Danemark*** [Cour plénière], Req. n° 10486/83
Cour EDH, 22 juin 1989, ***Langborger c. Suède*** [Cour plénière], Req. no11179/84.
Cour EDH, 19 décembre 1989, ***Kamasinski c. Autriche*** [Chambre], req. n° 9783/82
Cour EDH, 28 mars 1990, ***Granger c. Royaume Uni*** [Chambre], Req. n°11932/86.
Cour EDH, 22 mai 1990, ***Autronic AG c. Suisse*** [Cour plénière], Req. n° 12726/87
Cour EDH, 22 mai 1990, ***Weber c. Suisse*** [Chambre], Req. n° 11034/84.
Cour EDH, 26 juin 1991, ***Letellier c. France*** [Chambre], Req. n° 12369/86,
Cour EDH, 29 octobre 1991, ***Jan-Åke Andersson c. Suède*** [Cour plénière], Req. n° 11274/84
Cour EDH, 30 octobre 1991, ***Borgers c. Belgique*** [Cour plénière], Req. n° 12005/86.
Cour EDH, 26 novembre 1991, ***Observer et Guardian c. Royaume Uni*** [Cour plénière], Req. n° 13585/88
Cour EDH, 26 novembre 1991, ***Sunday Times c. Royaume-Uni n°2*** [Cour plénière], Req. n° 13166/87
Cour EDH, 31 janvier 1992, ***Lanz c. Autriche*** [Première section], Req. n° 24430/94.
Cour EDH, 23 avril 1992, ***Castells c. Espagne*** [Chambre], Req. n°11798/85
Cour EDH, 12 mai 1992, ***Megyeri c. Allemagne*** [Chambre], Req. n° 13770/98.
Cour EDH, 15 juin 1992, ***Lüdi c. Suisse*** [Chambre], Req. n° 12433/86.
Cour EDH, 28 août 1992, ***Schwabe c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 13704/88
Cour EDH, 16 décembre 1992, ***Hadjianastassiou c. Grèce*** [Chambre], req. n° 12945/87.
Cour EDH, 26 février 1993, ***Padovani c. Italie*** [Chambre], req. n° 13396/87.
Cour EDH, 24 juin 1993, ***Schuler-Zgraggen c. Suisse*** [Chambre], Req. n° 14518/89
Cour EDH, 20 septembre 1993, ***Saïdi c. France*** [Chambre], Req. n° 14647/89,
Cour EDH, 27 octobre 1993, ***Dombo Beheer c. Pays-Bas*** [Chambre], req. n° 14448/88.
Cour EDH, 23 novembre 1993, ***Poitrimol c. France*** [Chambre], Req. n° 14032/88
Cour EDH, 25 novembre 1993, ***Holm c. Suède*** [Chambre], Req. n°14191/88.
Cour EDH, 22 avril 1994, ***Saraiva de Carvalho c. Portugal*** [Chambre], req. n° 15651/89
Cour EDH, 13 juin 1994, ***Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne*** [cour plénière], req. n° 10588/83, 10589/83, 10590/89.
Cour EDH, 22 mars 1995, ***Quinn c. France*** [Chambre], Req. n° 18580/91.
Cour EDH, 26 avril 1995, ***Fischer c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 16922/90.
Cour EDH, 26 avril 1995, ***Prager et Oberschlick c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 15974/90.
Cour EDH, 26 septembre 1995, ***Diennet c. France*** [Chambre] Req. n °18160/91.
Cour EDH, 2 novembre 1995, ***Acquaviva c. France*** [Chambre], Req. n° 19248/91
Cour EDH, 22 novembre 1995, ***Bryan c. Royaume-Uni*** [Chambre], Req. n° 19178/01
Cour EDH, 22 novembre 1995, ***S.W. c. Royaume-Uni*** [Chambre], Req. n°20166/92.
Cour EDH, 4 décembre 1995, ***Ribitsch c. Autriche*** [Chambre], Req. n°18896/91.
Cour EDH, 27 mars 1996, ***Goodwin c. Royaume-Uni*** [Grande chambre], Req. n°17488/90
Cour EDH, 23 avril 1996, ***Remli c. France*** [Chambre], Req. n° 16839/90.
Cour EDH, 10 juin 1996, ***Pullar c. Royaume-Uni*** [Chambre], Req. n° 22399/93.
Cour EDH, 25 juin 1996, ***Amuur c. France*** [Chambre], Req. n° 19776/92
Cour EDH, 7 août 1996, ***Ferrantelli et Santangelo c. Italie*** [Chambre], Req. n° 19874/82.
Cour EDH, 15 novembre 1996, ***Chahal c. Royaume-Uni*** [Grande cambre], Req. n°22414/93
Cour EDH, 19 mars 1997, ***Hornsby c. Grèce*** [], Req. n° 18357/91.
Cour EDH, 24 février 1997, ***De Haes et Gijsels c. Belgique*** [Chambre], Req. n° 19983/92
Cour EDH, 25 février 1997, ***Findlay c. Royaume-Uni*** [Chambre], Req. n° 22107/93.
Cour EDH, 24 novembre 1997, ***Werner c. Autriche*** [Chambre], Req. n° 21835/93.
Cour EDH, 16 décembre 1997, ***Raninen c. Finlande*** [Chambre], Req. n° 29972/92
Cour EDH, 19 février 1998, ***Allan Jacobsson c. Suède (n°2)*** [Chambre], Req. n° 16970/90.
Cour EDH, 20 mai 1998, ***Gautrin et autres c. France*** [Chambre], Req. n° 21257/93.
Cour EDH, 20 mai 1998, ***Schöpfer c. Suisse*** [Chambre], Req. n° 25405/94
Cour EDH, 9 juin 1998, ***Incal c. Turquie*** [Grande chambre], req. n° 22678/93.
Cour EDH, 30 juillet 1998, ***Aerts c. Belgique*** [Chambre], Req. n° 25357/94
Cour EDH, 2 septembre 1998, ***Kadubec c. Slovaquie*** [Chambre], Req. n°27061/95.
Cour EDH, 28 octobre 1998, ***Assenov et autres c. Bulgarie*** [Chambre], Req. n°24760/94
Cour EDH, 28 octobre 1998, ***Ciraklar c. Turquie*** [Chambre], Req. n° 19601/92.
Cour EDH, 2 novembre 1998, ***Brogan et autres c. Royaume-Uni*** [Cour plénière], Req. n°11209/84.
Cour EDH, 21 janvier 1999, ***Fressoz et Roire c. France*** [Grande chambre], req. n°29183/95.
Cour EDH, 26 mars 1999, ***Doorson c. Pays-Bas*** [Chambre], Req. n° 20524/92
Cour EDH, 29 avril 1999, ***Aquilina c. Malte*** [Grande chambre], Req. n° 25642/94.
Cour EDH, 20 mai 1999, ***Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*** [Grande chambre], Req. n° 21980/93
Cour EDH, 8 juillet 1999, ***Gerger c. Turquie*** [Grande chambre], Req. n° 24919/94.

Cour EDH, 16 décembre 1999, ***T. c. Royaume-Uni*** [Grande chambre], Req. n° 24724/94
Cour EDH, 8 février 2000, ***Stefanelli c. Saint-Marin*** [Deuxième section], Req. n° 35396/97.
Cour EDH, 6 avril 2000, ***Labita c. Italie*** [Grande chambre], Req. n° 26772/95.
Cour EDH, 2 mai 2000, ***Bergens Tilende et autres c. Norvège*** [Troisième section], req. n° 26132/95
Cour EDH, 6 juin 2000, ***Morel c. France*** [Troisième section], Req. n° 34130/96.
Cour EDH, 25 juillet 2000, ***Tierce et autres c. Saint-Marin*** [Première section], Req. n° 24954/94, 24971/94, 24972/94.
Cour EDH, 26 septembre 2000, ***Guisset c. France*** [Première section], Req. n° 33933/96.
Cour EDH, 19 octobre 2000, ***Wloch c/ Pologne*** [Quatrième section], Req. n° 27785/95.
Cour EDH, 26 octobre 2000, ***Kudla c. Pologne*** [Grande chambre], Req. n° 30210/96.
Cour EDH, 28 septembre 2000, ***Lopes Gomes da Silva c. Portugal*** [Quatrième section], req. n° 37698/97
Cour EDH, 14 novembre 2000, ***Riepan c. Autriche*** [Troisième section], Req. n° 35115/97.
Cour EDH, 30 novembre 2000, ***Kwiatkowska c. Italie*** [Quatrième section], Req. n° 52868/99.

Cour EDH, 21 décembre 2000, ***Wettstein c. Suisse*** [Deuxième section], Req. n° 33958/96.
Cour EDH, 13 février 2001, ***Lietzow c. Allemagne*** [Première section], Req. n° 24479/94.
Cour EDH, 29 mars 2001, ***Thoma c. Luxembourg*** [Deuxième section], Req. n° 38432/97
Cour EDH, 19 avril 2001, ***Peers c. Grèce*** [Deuxième section], Req. n°28524/95
Cour EDH, 24 avril 2001, ***B. et P. c. Royaume-Uni*** [Troisième section], Req. n° 36337/97 et 35974/97
Cour EDH, 7 juin 2001, ***Kress. c. France*** [Grande chambre], Req. n° 39594/98.
Cour EDH, 10 juillet 2001, ***Lamanna c. Autriche*** [Troisième section], Req. n° 28923/95.
Cour EDH, 12 juillet 2001, ***Malhous c. République Tchèque*** [Grande chambre], Req. n° 33071/96**.**
Cour EDH, 25 juillet 2001, ***Perna c. Italie*** [Deuxième section], Req. n°48898/99.
Cour EDH, 31 juillet 2001, **Refah Partisi (*Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*** *[Troisième section]*, Req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.
Cour EDH, 18 octobre 2001, ***Indelicato c. Italie*** [Deuxième section], Req. n°31143/96
Cour EDH, 14 février 2002, ***Visser c. Pays-Bas*** [Troisième section], Req. n° 26668/95
Cour. EDH, 26 février 2002, ***Morris c. Royaume-Uni*** [Troisième section], Req. n° 38784/97.
Cour EDH, 26 février 2002, ***Unabhängige Initiative informationvielfalt c. Autriche*** [Troisième section], req. n° 28525/95
Cour EDH, 25 avril 2002, ***Varela Assalino c. Portugal*** [Troisième section], Req. n° 64336/01.
Cour EDH, 21 mai 2002, ***Peltier c. France*** [Deuxième section], req. n° 32872/96
Cour EDH, 13 juin 2002, ***Anguelova c. Bulgarie*** [Cinquième section], Req. n° 38361/97.
Cour EDH, 25 juin 2002, ***Colombani et autres c. France*** [Deuxième section], req. n° 51279/99
Cour EDH, 11 juillet 2002, ***Goc c. Turquie*** [Grande chambre], Req. n° 36590/97.
Cour EDH, 25 juillet 2002, ***Sovtransavto Holding c. Ukraine*** [Quatrième section], Req. n° 48553/99
Cour EDH, 14 novembre 2002, ***Mouisel c. France*** [Première section], Req. n°67263/01.
Cour EDH, 25 février 2003, ***Roemen et Schmid c. Luxembourg*** [Quatrième section], Req. n° 51772/99
Cour EDH, 12 mars 2003, ***Ocölan c. Turquie*** [Grande chambre], Req. n° 46221/99.
Cour EDH, 6 mai 2003, ***Kleyn et autres c. Pays-Bas*** [Grande chambre], Req n° 39343/98, 39651/93, 43147/98 et 46664/88.
Cour EDH, 12 juin 2003, ***Easterbrook c. Royaume-Uni*** [Troisième section], Req. n°48015/99.
Cour EDH, 19 juin 2003, ***Hulki Gunes c. Turquie*** [Troisième section], Req. n° 28490/95.
Cour EDH, 15 juillet 2003, ***Ernst et autres c. Belgique*** [Deuxième section], Req. n° 33400/96
Cour EDH, 7 janvier 2003, **Laidin c. France (2)** [Deuxième section], Req. n° 39282/98
Cour EDH, 15 juillet 2003, ***Forcellini c. Saint-Marin*** [], Req. n° 34657/97.
Cour EDH, 27 novembre 2003, **Hénaf c. France** [Première section], Req. n° 65436/01
Cour EDH, 12 février 2004, ***Perez c. France*** [Grande chambre], Req. n° 47287/9
Cour EDH, 1er avril 2004, ***Rivas c. France*** [Première section], Req. n° 59584/00.
Cour EDH, 8 avril 2004, ***Assanidzé c. Géorgie*** [Grande chambre], Req. n° 71503/01
Cour EDH, 29 avril 2004, ***Pretty c. Royaume-Uni*** [4eme section], Req. n° 2346/02.
Cour EDH, 27 mai 2004, ***Vides Aizsardzïbas klubs c. Lettonie*** [Première section], req. n° 57829/00
Cour EDH 22 juin 2004, ***Wesolowski c. Pologne*** [Deuxième section], Req. n° 29687/96
Cour EDH, 6 juillet 2004, ***Dondarini c. Saint-Marin*** **[],** Req. n° 50545/99.
Cour EDH, 15 juillet 2004, ***Ernst et autres c. Belgique*** [Deuxième section], **Req. n° 33400/9**
Cour EDH, 28 septembre 2004, ***Sabou et Pircalab c. Roumanie*** [Deuxième section], req. n° 46572/99
Cour EDH, 17 décembre 2004, ***Pedersen et Baadsgaard*** *c. Danemark* [Grande chambre], Req. n° 49017/99
Cour EDH, 24 mars 2005, ***Stoichkov c. Bulgarie*** [Première section], Req. n° 9808/02
Cour EDH, 15 novembre 2005, ***Reinprecht c. Autriche*** [Quatrième section], Req. n° 67175/01.
Cour EDH, 15 décembre 2005, ***Kyprianou c. Chypre*** [Grande chambre], Req. n° 73797/01.

Cour EDH, 24 novembre 2005, ***Tourancheau et July c. France*** [Première section], Req. n° 53886/00.
Cour EDH, 22 décembre 2005, ***Paturel c. France*** [Première section], req. n° 54968/00
Cour EDH, 31 janvier 2006, **Stângu et Scutelnicu c. Roumanie** [Deuxième section], req. n° 53899/00
Cour EDH, 16 mars 2006, ***Zdanoka c. Lettonie*** [Grande chambre], Req. n° 58278/00.
Cour EDH, 12 avril 2006, ***Martinie c. France*** [Grande chambre], Req. n° 58675/00.
Cour EDH, 11 juillet 2006, ***Jalloh c. Allemagne*** [Grande chambre], Req. n° 54810/00
Cour EDH, 21 septembre 2006, ***Moser c. Autriche*** [Première section], Req. n°12643/0
Cour EDH, 3 octobre 2006, ***Mc Kay c. Royaume-Uni*** [Grande chambre], Req. n° 543/00.
Cour EDH, 5 octobre 2006, ***Marcello Viola c. Italie*** [Troisième section], Req. n° 45106/04.
Cour EDH, 18 octobre 2006, ***Helmi c. Italie*** [Grande chambre], Req. n° 18114/02
Cour EDH, 23 novembre 2006, ***Jussila c. Finlande*** [Grande chambre], Req. n° 73053/01.
Cour EDH, 28 novembre 2006, ***Poulain de Saint-Père c. France*** [Deuxième section], Req. n° 38718/0
Cour EDH, 19 décembre 2006, ***Türkmen c. Turquie*** [2e section], Req. n° 43124/98
Cour EDH, 15 mai 2007, ***Ramsahai c. Pays-Bas*** [Grande chambre], Req. n° 52391/99.
Cour EDH, 24 mai 2007, ***Gorodnitchev c. Russie*** [Première section], Req. n° 52058/99.
Cour EDH, 7 juin 2007, ***Dupuis et autres c. France*** [Troisième section], Req. n° 1914/02
Cour EDH, 13 novembre 2007, ***Bocellari et Rizza c. Italie*** [Deuxième chambre], Req. n° 399/02.
Cour EDH, 10 décembre 2007, ***Stoll c. Suisse*** [Grande chambre], Req. n° 69698
Cour EDH, 17 janvier 2008, ***Ryakib Biryoukov c. Russie*** [Première section], req. n° 14810/02.
Cour EDH, 14 février 2008, ***July et Sarl Libération c. France*** [Troisième section], Req. n°20893/03
Cour EDH, 28 février 2008, ***Saadi c. Italie*** [Grande chambre], Req. n° 37201/06
Cour EDH, 27 novembre 2008, ***Salduz c. Turquie*** [Grande chambre], Req. n° 36391/02.
Cour EDH, 16 juillet 2009, ***Feret c. Belgique*** [Deuxième section], Req. n° 15615/07.
Cour EDH, 23 juillet 2009, ***Hachette Filipacchi associés (Ici Paris) c. France*** [Cinquième section], Req. n° 12268/03
Cour EDH, 18 septembre 2009, **Varnava et autres c. Turquie** [Grande chambre], Req. n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16067/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90
Cour EDH, 13 octobre 2009, **Dayanan c. Turquie** [Deuxième section], Req. n° 7377/03
Cour EDH, 15 octobre 2009, ***Micaleff c. Malte*** [Grande chambre], Req. n° 17056/06.
Cour EDH, 6 janvier 2010, ***Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne*** [Troisième section], Req. n° 74181/01.
Cour EDH, 19 janvier 2010, ***Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal*** [Deuxième section], Req. n° 16983/06
Cour EDH, 18 mai 2010, ***Udorovic c. Italie*** [Deuxième section], Req. n° 38532/02
Cour EDH, 1er juin 2010, ***Gafgen c. Allemagne*** [Grande Chambre], Req. n° 22978/05.
Cour EDH, 24 juin 2010, ***Mancel et Branquart c. France*** [Cinquième section], Req. n° 22349/06
Cour EDH, 6 juillet 2010, ***Niskasaari c. Finlande*** [Quatrième section], Req. n° 37520/07
Cour EDH, 14 septembre 2010, ***Sanoma Uitgevers c. Pays-Bas*** [Grande chambre], Req. n° 38224/03
Cour EDH, 16 septembre 2010, ***Anagnostou-Dedouli c. Grece*** [Première section], Req. n° 24779/08
Cour EDH, 2 novembre 2010, ***Sakhnovski c. Russie*** [Grande chambre], Req. n° 21272/03.
Cour EDH, 2 novembre 2010, ***Vaquero Hernandez et autres c. Espagne*** [Troisième section], Req. n° 1883/03, 2723/03, 4058/03.
Cour EDH, 7 décembre 2010, ***Publicao-Communçao social SA et autres c. Portugal*** [Deuxième section], Req. n° 39324/07.
Cour EDH, 21 décembre 2010, ***Belperio et Ciarmoli c. Italie*** [Deuxième section], Req. n° 7932/04,
Cour EDH, 20 janvier 2011, ***Vernes c. France*** [Cinquième section], Req. n° 30183/06.
Cour EDH, 29 mars 2011, ***Cornelia Popa c. Roumanie*** [Troisième section], Req. n° 17437/03
Cour EDH, 28 juin 2011, ***Pinto Coehlo c. Portugal*** [Deuxième section], Req. n° 28439/08.
Cour EDH,15 décembre 2011, ***Mor c. France*** [Cinquième section], req. n° 28198/09.
Cour EDH, 7 février 2012, ***Axel Springer c. Allemagne*** [Grande chambre], Req. n° 39954/08.
Cour EDH, 12 avril 2012, ***Martin et autres c. France*** [Cinquième section], Req. n° 30002/08.

B. Cour suprême des Etats-Unis

Cour suprême des Etats-Unis, ***Abrams v. United States***, 250 U.S. 616 (1919).
Cour suprême des Etats-Unis, ***Berger v. United States***, 295 U.S. 78, 98 (1935).
Cour suprême des Etats-Unis, ***Chambers v. Florida***, 309 U.S. 227 (1940).
Cour suprême des Etats-Unis, ***In Re Oliver***, 333 U.S. 257 (1948).
Cour suprême des Etats-Unis, ***Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia***, 448 U.S. 555 (1980).

Cour suprême des Etats-Unis, ***Globe Newspaper Co v. Superior Court***, 457 U.S. 596 (1982).
Cour suprême des Etats-Unis, **Coy v. Iowa**, 487 U.S. 1012 (1988).
Cour suprême des Etats-Unis, ***DeShanney v. Winnebago County Department of Social Services***, 489 U.S. 189 (1989)

C. Conseil constitutionnel

Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.
Décision 93-334 DC du 20 janvier 1994.
Décision n° 98-404 DC du 22 janvier 1999.
Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999.
Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004
Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.
Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011.

Décision Règlement intérieur QPC du 4 février 2010.
Décision 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.
Décision n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010.
Décision n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010.
Décision 2011-114 QPC du 1er avril 2011.
Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011.

D. Conseil d'Etat, juridictions administratives

CE Sect., 27 juillet 1984, *SOS Défense*, req. n° 30590.
CE, 5 juin 1991, *Delannay*, req. n° 102627.
CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, req. n° 181611.
CE, 18 octobre 2002, *Catsiapis*, req. n° 242896.
CE, 18 février 2004, *Commune de Savigny-le-Temple*, req. n° 251016
CE, 20 avril 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, n° 26532.
CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT*, Req. n° 266900.
CE, 24 mars 2006, *KPMG, Req. n°* 288460, 288465, 288474, 288485
CE, 5 mai 2008, *Société anonyme Baudin Chateauneuf*, n° 309518.
CE Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168.

Comité des droits de l'homme de l'O.N.U.

O.N.U., Doc. CCPR/C/86/D/1434/2005 : *Fillacier c. France*, 28 avril 2006.
O.N.U., Doc. CCPR/C/86/D/1228/2003 : *Lemercier c. France*, 28 avril 2006.

Commission d'accès aux documents administratifs

CADA, décision n° 20000929 du 2 mars 2000.
CADA, avis n° 20042980 du 26 août 2004.
CADA, conseil n° 20092212 du 2 juillet 2009, *président de la communauté de communes de la vallée de Kaysersberg.*
CADA, conseil n° 20092777 du 10 septembre 2009, *mairie de Montpellier.*
CADA, conseil n° 20103349 du 16 septembre 2010, *directeur de l'établissement public de santé mentale du Morbihan.*
CADA, avis n° 20093284 du 24 septembre 2009, *président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité.*
CADA, conseil n° 20093805 du 5 novembre 2009, *maire de Saint-André-de-Corcy*.
CADA, conseil n° 20102729 du 8 juillet 2010, *maire de Fontenay-sous-Bois.*
CADA, avis n° 20101883 du 6 mai 2010, *président du Tribunal de grande instance de Paris.*

CADA, avis n° 20101321 du 25 mars 2010, *président du Tribunal de grande instance de Paris.*
CADA, avis n° 20101321 du 25 mars 2010, *président du Tribunal de grande instance de Paris*.
CADA, avis n° 20064190 du 26 octobre 2006.
CADA, avis n° 20070024 du 25 janvier 2007.
CADA, avis n° 20020487, *Maire de Liverdun.*
CADA, avis n° 2001951, *Maire de Bordeaux.*
CADA, avis n° 20044622, *ministère de la Justice*
CADA, conseil n° 20092608 du 28 juillet 2009, *président du conseil général des Landes*.-
CADA, avis n° 20002179 du 8 juin 2000.
CADA, avis n° 20092619 du 8 octobre 2009, *procureur général près la cour d'appel de Nancy*.
CADA, conseil n° 20103040 du 27 juillet 2010.

E. Tribunal de cassation

1. Section criminelle

Cass. crim., 2 vendémiaire An VII, Bull. crim. An VII, n° 1
Cass. crim., 3 vendémiaire an VII, Bull. crim. an 7, n° 12.
Cass. crim., 12 nivôse an VII, Bull. crim. An VII, n° 80
Cass. crim., 17 messidor an VII, Bull. crim. An VII, n° 487
Cass. Crim. 9 thermidor an IX, Bull. crim. an 9, n° 283
Cass. crim., 17 fructidor An IX, Bull. Crim. An IX, n° 328
Cass. crim., 9 thermidor An XI, Bull. crim. An XI, n° 182.
Cass. crim., 26 pluviose an XII, D. 1802.867.

2. Section civile

Cass. civ., 2 nivôse an VII, Bull. crim. An VII, n° 72
Cass. civ., 12 nivôse an VII, Bull. civ. An VII, n° 80.
Cass. civ., 22 brumaire an VII, Bull. civ. An VII, n° 44
Cass. civ., 2 fructidor an VIII, Bull. civ. An VIII, n° 133.
Cass. civ., 13 nivôse an X, Bull. civ. An X, n° 46.

F. Cour de cassation

1. Assemblée plénière

Cass. plén., 20 décembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 11.

2. Chambres réunies

Cass. ch. réun., 23 février 1844, S. 1844.I.202.

3. Chambre criminelle

Cass. crim., 18 prairial an XII, Bull. crim. an 12, n° 143
Cass. Crim., 12 vendémiaire An XIII, Bull. Crim. An XIII, n° 1
Cass. crim., 14 germinal an XIII, Bull. crim. An XIII, n° 112.
Cass. crim., 6 floréal an XIII, Bull. Crim. An XIII, n° 124
Cass. crim., 26 fructidor an XIII, Bull. crim. An XII, n° 211.
Cass. crim.,10 avril 1806, D. 1806.II.124.

Cass. crim., 3 décembre 1807, Bull. crim. 1807, n° 254.
Cass. crim., 17 mai 1810, Bull. crim. 1810, n° 68.
Cass. crim., 6 février 1812, S. 1812.I.97.
Cass. crim., 15 janvier 1814, Bull. crim. 1814, n° 6.
Cass. crim., 1er juillet 1814, Bull. crim. 1814, n° 69.
Cass. crim., 21 avril 1815, S. 1841.II.350.
Cass. crim., 15 décembre 1815, Bull. crim. 1815, n° 144.
Cass. crim., 11 janvier 1816, D. 1816.I.416.
Cass. crim., 1er mars 1816, S.1817.II.313.
Cass. crim., 3 avril 1818, Bull. crim. 1818, n° 49.
Cass. crim., 22 avril 1820, Bull. crim. 1820, n° 56.
Cass. crim., 14 septembre 1820, S.1821.I.22.
Cass. crim., 8 mars 1821, Bull. crim. 1821, n° 31.
Cass. crim., 5 octobre 1821, Bull. crim. 1821, n° 171.
Cass. crim., 27 juin 1822, Bull. crim. 1822, n° 90.
Cass. crim., 30 août 1822, Bull. crim. 1822, n° 120.
Cass. crim., 27 août 1823, Bull. crim. 1823, n° 29.
Cass. crim., 18 septembre 1823, Bull. crim. 1823, n° 129.
Cass. crim. 23 octobre 1823, Bull. crim. 1823, n° 144.
Cass. crim., 30 octobre 1823, Bull. crim. 1823, n° 146.
Cass. crim., 12 décembre 1823, S.1824.I.181.
Cass. crim. 6 février 1824, Bull. crim. 1824, n° 24.
Cass. crim., 24 septembre 1824, D. 1824.I.402.
Cass. crim, 18 janvier 1825, D. 1825.I.168, Bull. crim. 1825, n° 12.
Cass. crim, 28 janvier 1825, Bull. crim. 1825, n° 12.
Cass. crim., 12 février 1825, D., 1825.I 214.
Cass. crim., 9 juillet 1825, Bull. crim. 1825, n° 129.
Cass. crim., 21 octobre 1825, Bull. crim. 1825, n° 212.
Cass. crim., 20 juillet 1826, Bull. crim. 1826, n° 141.
Cass. crim., 7 décembre 1826, Bull. crim. 1826, n°246 .
Cass. crim., 8 décembre 1826, Bull. crim. 1826, n° 250.
Cass. crim., 18 janvier 1827, Bull. crim. 1827, n° 10.
Cass. crim., 14 septembre 1827, S. 1828.I.113.
Cass. crim., 20 septembre 1827, D. 1827.I.497.
Cass. crim., 12 juin 1828, D. 1828.I.274.
Cass. crim., 19 juin 1828, Bull. crim. 1828, n° 166.
Cass. crim., 20 août 1829, Bull. crim. 1829, n° 191.
Cass. crim., 19 novembre 1829, Journal du droit criminel, 1830, p. 13
Cass. crim., 18 novembre 1830, Bull. crim. 1830, n° 250.
Cass. crim., 26 mai 1831, Bull. crim., n° 118.
Cass. crim., 10 décembre 1831, S.1832.I.36.
Cass. crim., 27 février 1832, Bull. crim. 1832, n° 79.
Cass. crim., 30 mars 1832, Bull. crim. 1832, n° 116.
Cass. crim., 17 avril 1832, S.1832.I.372.
Cass. crim., 30 octobre 1832, Bull. crim. 1832, n° 146.
Cass. crim., 10 janvier 1833, D. 1833.I.352.
Cass. Crim., 4 avril 1833, Bull. crim. 1833, n° 120.
Cass. crim., 14 juin 1833, Bull. crim. 1833, n° 236.
Cass. crim., 12 septembre 1833, D.1833.I.365.
Cass. crim., 17 avril 1834, Bull. crim. 1834, n° 112.
Cass. crim., 29 janvier 1835, Bull. crim. 1835, n° 41.
Cass. crim., 28 janvier 1836, Bull. crim. 1836, n° 32.
Cass. crim., 3 décembre 1836, S. 1838.I.82.
Cass. crim., 31 mars 1837, Bull. crim. 1837, n° 94.
Cass. crim., 28 avril 1837, D.1837.I.1842.
Cass. crim., 15 juillet 1837, P. 1837.II.287.
Cass. crim., 26 mai 1838, Bull. crim. 1838, n° 143.
Cass. crim., 30 juin 1838, Bull. crim. 1838, n° 187.
Cass. crim., 12 juillet 1838, Bull. crim. 1838, n° 210.
Cass. crim., 23 août 1838, Bull. crim. 1838, n° 287.

Cass. crim., 4 janvier 1839, Bull. crim. 1839, n° 6.
Cass. crim. 31 janvier 1839, Bull. crim. 1839, n° 33.
Cass. crim., 1er février 1839, D. 1839.I.378.
Cass. crim., 26 avril 1839, Bull. crim. 1839, n° 202.
Cass. crim., 30 mai 1839, Bull. crim. 1839, n° 168 .
Cass. crim., 22 juin 1839, Bull. crim. 1839, n° 202.
Cass. crim., 19 mars 1840, Bull. crim. 1840, n° 83.
Cass. crim., 2 avril 1840, P. 1840.I.62.
Cass. crim., 13 juin 1840, Bull. crim. 1840, n° 276 .
Cass. crim., 4 septembre 1840, S. 1841.I.668.
Cass. crim., 18 février 1841, Bull. crim. 1841, n° 48.
Cass. crim., 19 février 1841, Bull. crim. 1841, n° 48.
Cass. crim., 27 mars 1841, S. 1841.II.350.
Cass. crim., 17 juillet 1841, S. 1841.II.350.
Cass. crim., 30 avril 1842, Bull. crim. 1842, n° 107.
Cass. crim., 13 août 1842, Bull. crim. 1842, n° 206.
Cass. crim., 23 mars 1843, Bull. crim. 1843, n° 65.
Cass. crim. 20 janvier 1844, Bull. crim. 1844, n° 26 .
Cass. crim., 26 janvier 1844, Bull. crim. 1844, n° 26.
Cass. crim., 12 août 1844, S. 1844.I.648.
Cass. crim., 1er juillet 1847, Bull. crim. 1847, n° 141.
Cass. crim., 23 septembre 1847, Bull ; crim. 1847, n° 293.
Cass. crim., 20 janvier 1848, Bull. crim. 1848, n° 17.
Cass. crim., 1er septembre 1848, Bull. crim. 1848, n° 233.
Cass. crim., 10 janvier 1850, Bull. crim. 1850, n° 17.
Cass. crim., 4 avril 1850, D.1850.IV.395.
Cass. crim., 16 mai 1850, Bull. crim. 1850, n° 160
Cass. crim., 27 juin 1850, Bull. crim. 1850, n° 204.
Cass. crim., 17 avril 1851, Bull. crim. 1851, n° 147.
Cass. crim., 19 novembre 1851, Bull. crim. 1851, n° 182.
Cass. crim., 29 novembre 1851, Bull. crim. 1851, n° 301.
Cass. crim. 22 janvier 1852, Bull. crim. 1852, n° 24; D. 1852.IV.458.
Cass. crim., 23 janvier 1852, Bull. crim. 1852, n° 31.
Cass. crim., 16 juin 1853, Bull. crim. 1853, n° 212.
Cass. crim., 4 août 1853, Bull. crim. 1853, n° 383.
Cass. crim., 25 août 1853, Bull. crim. 1853, n° 426.
Cass. crim., 6 avril 1854, D.1854.IV.620.
Cass. crim., 15 décembre 1854, Bull. crim. 1854, n° 345.
Cass. crim., 19 juillet 1855, Bull. crim. 1855, n° 255.
Cass. crim., 22 novembre 1855, Bull. crim. 1855, n° 366.
Cass. crim., 25 juin 1857, P.I.857.
Cass crim., 29 septembre 1859, Bull. crim. 1859, n° 228.
Cass. crim., 17 août 1860, Bull. crim. 1860, n° 195.
Cass. crim., 12 juillet 1861, Bull. crim. 1861, n° 147.
Cass crim., 9 octobre 1862, Bull. crim. 1862, n° 240.
Cass. crim. 11 avril 1863, Bull. Crim. 1863, n° 112.
Cass. crim., 18 juin 1863, Bull. crim. 1863, n° 166.
Cass. crim., 28 juillet 1864, Bull. crim. 1864, n° 278.
Cass. crim., 11 août 1864, Bull. crim. 1864, n° 214.
Cass. crim., 8 décembre 1864, Bull. crim. 1864, n° 278.
Cass. crim., 14 septembre 1865, Bull. crim. 1865, n° 182.
Cass. crim., 6 mars 1866, Bull. crim. 1866, n° 72.
Cass. crim., 16 mars 1866, Bull. crim. 1866, n° 72.
Cass. crim., 23 août 1866, Bull. crim. 1866, n° 211.
Cass. crim., 11 avril 1867, Bull. crim. 1867, n° 88.
Cass. crim., 18 avril 1867, Bull. crim. 1867, n° 91.
Cass. crim., 14 novembre 1867, Bull. crim. 1867, n° 226.
Cass. crim., 13 janvier 1869, Bull. crim. 1869, n° 14.
Cass. crim., 11 mai 1872, Bull. crim. 1872, n° 91.
Cass. crim., 2 janvier 1874, Bull. crim. 1874, n° 1.

Cass. crim., 19 août 1875, Bull. crim. 1875, n° 269.
Cass. crim., 12 octobre 1876, Bull. crim. 1876, n° 208.
Cass. crim. 5 décembre 1879, Bull. crim. 1879, n° 217.
Cass. crim., 29 décembre 1881, Bull. crim. 1881, n° 270.
Cass. crim., 1er février 1882, Bull. crim. 1882, n° 261.
Cass. crim., 1er décembre 1882, Bull. crim. 1882, n° 261.
Cass. crim., 1er juin 1883, Bull. crim. 1883, n° 134.
Cass. crim., 28 juin 1883, Bull. crim. 1883, n° 164.
Cass. crim., 14 décembre 1883, D.1884.I.214.
Cass. crim., 16 août 1884, Bull. crim. 1884, n° 269.
Cass. crim., 16 avril 1885, Bull. crim. 1885, n° 110.
Cass. crim., 11 août 1887, Bull. crim. 1887, n° 311.
Cass. crim., 5 septembre 1889, Bull. crim. 1889, n° 298.
Cass. crim. 23 novembre 1889, Bull. crim. 1889, n° 355.
Cass. crim., 5 juin 1890, Bull. crim. 1890, n° 118.
Cass. crim., 4 septembre 1890, Bull. crim. 1890, n° 183.
Cass. crim., 10 avril 1891, Bull. crim. 1891, n° 81.
Cass. crim., 17 décembre 1891, Bull. crim. 1891, n° 248.
Cass. crim., 12 janvier 1893, Bull. crim. 1893, n° 7.
Cass. crim., 11 janvier 1896, Bull. crim. 1896, n° 19.
Cass. crim., 30 janvier 1896, Bull. crim. 1896, n° 42.
Cass. crim., 7 février 1896, Bull. crim. 1896, n° 52.
Cass. crim. 13 novembre 1896, Bull. crim. 1896, n° 328.
Cass. crim., 7 avril 1897, Bull. crim. 1897, n° 125.
Cass. crim., 4 mars 1898, Bull. crim. 1898, n° 100.
Cass. crim., 3 janvier 1899, Bull. crim. 1899, n° 1.
Cass. crim., 17 janvier 1900, S.1902.I.475.
Cass. crim., 2 février 1900, Bull. crim. 1900, n° 41.
Cass. crim., 2 mai 1901, Bull. crim. 1901, n° 138.
Cass. crim., 6 juin 1902, Bull. crim. 1902, n° 211.
Cass. crim., 30 décembre 1904, Bull. crim. 1904, n° 559.
Cass. crim. 7 septembre 1905, Bull. crim. 1905, n° 437.
Cass. crim., 9 février 1906, Bull. crim. 1906, n° 112.
Cass. crim., 5 janvier 1908, Bull. crim. 1908, n° 37.
Cass. crim., 12 mars 1908, Bull. crim. 1908, n° 101.
Cass. crim., 20 juin 1908, Bull. crim. 1908, n° 262.
Cass. crim., 4 février 1909, Bull. crim. 1909, n° 77.
Cass. crim., 18 juin 1909, Bull. crim. 1909, n° 309.
Cass. crim., 7 mars 1912, Bull. crim. 1912, n° 135.
Cass. crim., 17 mai 1912, Bull. Crim. 1912, n° 273.
Cass. crim., 19 juin 1914, Bull. crim. 1914, n° 288.
Cass. crim., 17 mars 1921, Bull. crim. 1921, n° 130.
Cass. crim., 19 décembre 1923, Bull. crim. 1923, n° 452
Cass. crim., 14 avril 1934, Gaz. Pal. 1934.I.882.
Cass. crim., 19 mai 1947, Bull. crim. 1947, n° 134.
Cass. crim., 1er février 1950, Bull. crim. 1950, n° 35.
Cass. crim 21 février 1952, RSC 1953, p. 57.
Cass. crim., 18 juillet 1952, Bull. crim. 1952, n° 194.
Cass. crim., 5 août 1952, RSC 1953, p. 57.
Cass. crim., 24 octobre 1952, Bull. crim. 1952, n° 231.
Cass. crim., 24 juin 1954, Bull. crim. 1954, n° 235.
Cass. crim., 18 janvier 1955, Bull. crim. 1955, n° 42.
Cass. crim., 24 janvier 1956, Bull. crim. 1956, n° 93.
Cass. crim., 15 février 1956, Bull. crim. 1956, n° 164.
Cass. crim. 22 décembre 1959, Bull. crim. 1959, n° 569.
Cass. crim., 5 octobre 1960, Bull. crim. 1960, n° 424.
Cass. crim., 17 novembre 1960, Bull. crim. 1960, n° 531.
Cass. crim., 6 janvier 1961, D. 1961.581.
Cass. crim., 11 janvier 1961, Bull. crim. 1961, n° 20.
Cass. crim., 24 mai 1962, Bull. crim. 1962, n° 206.

Cass. crim., 22 décembre 1962, Bull. crim. 1962, n° 390.
Cass. crim., 9 janvier 1963, Bull. crim. 1963, n° 14.
Cass. crim., 13 février 1963, Bull. crim. 1963, n° 73.
Cass. crim., 7 janvier 1964, Bull. crim. 1964, n° 11.
Cass. crim., 22 avril 1964, Bull. crim. 1964, n° 122.
Cass. crim., 6 mai 1964, Bull. crim. 1964, n° 152.
Cass. crim., 27 juillet 1964, Bull. crim. 1964, n° 250.
Cass. crim., 4 novembre 1964, Bull. crim. 1964, n° 285.
Cass. crim., 31 mars 1965, Bull. crim. 1965, n° 97.
Cass. crim., 29 avril 1965, Bull. crim. 1965, n° 119.
Cass. crim., 12 mai 1965, Bull. crim. 1965, n° 137.
Cass. crim., 26 juillet 1965, Bull. crim. 1965, n° 189.
Cass. crim., 15 décembre 1965, Bull. crim. 1965, n° 624.
Cass. crim., 10 février 1966, Bull. crim. 1966, n° 40.
Cass. crim., 23 février 1966, Bull. crim. 1966, n° 65.
Cass. crim., 23 mars 1966, Bull. crim. 1966, n° 112
Cass. crim., 7 février 1967, Bull. crim. 1967, n° 55.
Cass. crim, 25 janvier 1968, Bull. crim. 1968, n° 25.
Cass. crim., 11 décembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 339.
Cass. crim., 23 décembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 354.
Cass. crim., 27 février 1969, Bull. crim. 1969, n° 103.
Cass. crim., 13 mars 1969, Bull. crim. 1969, n° 121.
Cass. crim., 29 janvier 1970, Bull. crim. 1970, n° 41.
Cass. crim., 16 mars 1970, non publié au Bulletin, pourvoi n° 69-92779.
Cass. crim., 17 mars 1970, Bull. crim. 1970, n° 110.
Cass. crim., 14 avril 1970, non publié au Bulletin, pourvoi n° 69-90800.
Cass. crim., 18 novembre 1970, Bull. crim. 1970, n° 301.
Cass. crim., 10 février 1971, non publié au Bulletin, pourvoi n° 70-91018.
Cass. crim., 7 août 1971, Bull. crim 1971, n° 247.
Cass. crim., 22 novembre 1972, Bull. crim. 1972, n° 354.
Cass. crim., 28 février 1973, Bull.crim. 1973, n° 103.
Cass. crim., 3 juillet 1974, Bull. crim. 1974, n° 248.
Cass. crim., 10 juillet 1974, Bull. crim. 1974, n° 253.
Cass. crim., 12 novembre 1974, Bull. crim. 1974, n° 325.
Cass. crim., 13 février 1975, pourvoi n° 74-91435.
Cass. crim., 22 juin 1976, Bull. crim. 1976, n° 230.
Cass. crim., 15 juin 1976, Bull. crim. 1976, n° 215.
Cass. crim., 22 avril 1977, Bull. crim. 1977, n° 128.
Cass. crim., 4 mai 1977, Bull. crim. 1977, n° 154.
Cass.crim. 18 mai 1977, Bull.crim. 1977, n° 181.
Cass. crim., 23 mai 1977, non publié au Bulletin, pourvoi n° 76-91537.
Cass. Crim., 22 juin 1977, Bull. crim. 1977, n° 231.
Cass. crim., 23 novembre 1977, Bull. crim. 1977, n° 366.
Cass. crim., 16 janvier 1978, Bull. crim. 1978, n° 18.
Cass. crim., 9 octobre 1978, Bull. crim. 1978, n° 262.
Cass.crim. 30 janvier 1979, Bull.crim. 1979, n°43.
Cass. crim., 28 février 1979, Bull. crim. 1979, n° 90.
Cass. crim., 20 juin 1979, non publié au Bulletin, pourvoi n° 78-94426.
Cass. crim., 14 novembre 1979, Bull. crim. 1979, n° 318.
Cass. crim., 4 février 1980, Bull. crim. 1980, n° 44.
Cass. crim., 20 février 1980, Bull. crim. 1980, n° 67.
Cass. crim., 17 juillet 1980, Bull. crim. 1980, n° 228.
Cass. crim. 20 novembre 1980, non publié au Bulletin, pourvoi n° 79-92175.
Cass. crim., 2 juin 1981, Bull.crim. 1981, n° 186.
Cass. crim., 12 juin 1981, Bull. crim. 1981, n° 192.
Cass. crim., 8 août 1981, Bull. crim. 1981, n° 242.
Cass. crim., 5 septembre 1981, non publié au Bulletin, pourvoi n° 80-94652.
Cass. crim., 19 janvier 1982, Bull. crim. 1982, n° 17.
Cass. crim., 5 octobre 1982, Bull. crim. 1982, n° 212.
Cass. crim. 28 avril 1983, Bull. crim. 1993, n° 158.

Cass. crim., 11 mai 1983, Bull. crim. 1983, n° 138.
Cass.crim. 25 juillet 1983, Bull.crim. 1983, n° 225.
Cass. crim., 13 décembre 1883, Bull. Crim. 1883, n° 281.
Cass. crim., 23 juillet 1984, Bull. crim. 1984, n° 265.
Cass. crim., 8 octobre 1984, Bull.crim 1984, n° 289.
Cass. crim., 24 octobre 1984, Bull. crim. 1984, n° 318.
Cass. crim., 30 janvier 1985, Bull. crim. 1985, n° 52.
Cass. crim., 5 février 1985, Bull. crim. 1985, n° 62.
Cass. crim., 8 juillet 1985, Bull. crim. 1985, n° 258.
Cass. crim., 10 janvier 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 84-93073.
Cass. crim., 12 février 1986, Bull. crim. 1986, n° 57.
Cass. crim., 19 mars 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 85-93713.
Cass. crim. 19 mars 1986, Bull. crim. 1986, n° 111.
Cass. crim. 7 avril 1986, Bull. crim. 1986, n° 114.
Cass. crim., 7 octobre 1986, non publié au Bulletin, pourvoi n° 86-94107.
Cass. crim., 3 juin 1987, non publié au Bulletin, pourvoi n° 87-80095.
Cass. crim., 18 août 1987, non publié au Bulletin, n° de pourvoi 87-83084.
Cass. crim., 2 septembre 1987, non publié au Bulletin, pourvoi n° 86-96904.
Cass. crim., 9 décembre 1987, Bull. crim. 1987, n° 453.
Cass. crim., 10 février 1988, Bull. crim. 1988, n° 181.
Cass. crim., 11 mai 1988, Bull. crim. 1988, n° 210.
Cass. crim. 30 novembre 1988, non publié au Bulletin, pourvoi n° 88-82424.
Cass. crim., 1er février 1989, Bull. crim. 1989, n° 44.
Cass. crim., 2 mars 1989, non publié au Bulletin, pourvoi n° 87-90846.
Cass. crim., 26 avril 1989, Bull. crim. 1989, n° 171.
Cass. crim., 4 juillet 1989, Bull.crim. 1989, n° 285
Cass. crim., 5 septembre 1989, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-80092.
Cass. crim., 14 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 412.
Cass. crim., 4 janvier 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-82889.
Cass. crim., 17 janvier 1990, Bull. crim. 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-84205.
Cass. crim., 8 février 1990, Bull. crim. 1990, n° 69.
Cass. crim., 14 février 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-83613.
Cass. crim., 19 septembre 1990, Bull. crim. 1990, n° 317.
Cass. crim., 10 octobre 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-86654.
Cass. crim., 8 novembre 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 89-82955.
Cass. crim., 20 novembre 1990, Bull. crim. 1990, n° 181.
Cass. crim., 27 novembre 1990, non publié au Bulletin, pourvoi n° 90-85665.
Cass. crim., 11 avril 1991, Bull. crim. 1991, n° 175.
Cass. crim., 2 avril 1992, non publié au Bulletin, pourvoi n° 91-85841.
Cass. crim., 5 janvier 1993, non publié au Bulletin, pourvoi n° 92-85387.
Cass. crim., 6 janvier 1993, Bull. crim. 1993, n° 10.
Cass. crim., 23 juin 1993, Bull. crim. 1993, n° 223.
Cass. crim., 15 décembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 975.
Cass. crim., 10 janvier 1994, Bull.crim. 1994, n° 10.
Cass. crim., 26 janvier 1994, non publié au Bulletin, pourvoi n° 93-83459.
Cass.crim 1er mars 1994, Bull.crim 1994, n° 81.
Cass. crim., 16 mars 1994, Bull. crim. 1994, n° 105.
Cass. crim., 22 juin 1994, Bull. crim. 1994, n° 625
Cass. crim., 10 mai 1995, Bull. crim. 1995, n° 167.
Cass. crim., 21 juin 1995, Bull. crim. 1995, n° 228.
Cass. crim., 12 octobre 1995, Bull. crim. 1995, n° 306.
Cass. crim., 21 novembre 1995, non publié au Bulletin, pourvoi n° 93-83775.
Cass. crim., 22 novembre 1995, non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-81217.
Cass.crim 13 décembre 1995, Bull.crim. 1995, n°380.
Cass. crim., 3 janvier 1996, non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-82447.
Cass. crim., 10 janvier 1996, Non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-82990.
Cass. crim., 13 novembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 403.
Cass.crim. 10 décembre 1996, Bull.crim 1996, n°458.
Cass. crim., 18 décembre 1996, non publié au Bulletin, pourvoi n°96-83420.
Cass. crim., 26 février 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-81042.

Cass. crim., 13 mai 1997, Bull. crim. 1997, n° 180.
Cass. crim., 18 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 241.
Cass. crim., 3 septembre 1997, Bull. crim. 1997, n° 293.
Cass. crim., 24 septembre 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-84763.
Cass. crim., 2 octobre 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-84708.
Cass. crim., 9 octobre 1997, Bull. crim. 1997, n° 331.
Cass. crim., 12 novembre 1997, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-83642.
Cass. crim., 11 février 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 97-82425.
Cass. crim., 17 février 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 96-84206.
Cass. crim., 24 juin 1998, Bull. crim. 1998, n° 205.
Cass. crim., 9 septembre 1998, Bull. crim. 1998, n° 228.
Cass. crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 268.
Cass. crim., 18 novembre 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 97-86280.
Cass. crim., 17 mars 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-83859.
Cass. crim., 15 juin 1999, Bull. Crim. n° 135 et n° 136.
Cass. crim., 15 juin 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-84974
Cass. crim., 16 juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 138.
Cass. crim., 23 juin 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 98-85057.
Cass. crim., 4 novembre 1999, non publié au Bulletin, pourvoi n° 99-82026.
Cass. crim., 19 janvier 2000, non publié au Bulletin, pourvois n° 96-85589 et n° 98-87221.
Cass. crim., 8 mars 2000, Bull. crim. 2000, n° 326.
Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim. 2000, n° 192.
Cass. crim., 17 mai 2000, Bull. crim. 2000, n° 194.
Cass. crim., 19 avril 2000, Bull. crim. 2000, n° 459.
Cass. crim., 12 septembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 268.
Cass.crim., 27 septembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 283.
Cass. crim., 8 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 332.
Cass. crim., 22 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 351.
Cass. crim., 20 décembre 2000, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-82895.
Cass. crim., 27 février 2001, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-82557.
Cass. crim., 20 mars 2001, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-82868.
Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim. 2001, n° 111.
Cass. crim., 18 septembre 2001, Bull. crim. 2001, n° 179.
Cass. crim, 16 octobre 2001, Bull.crim 2001 n°208.
Cass. crim. 17 octobre 2001, Bull. crim. 2001, n° 212.
Cass. crim., 12 mars 2002, Bull. crim. 2002, n° 61.
Cass .crim., 20 mars 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-80-128.
Cass. crim., 15 mai 2002, Bull.crim 2002, n° 114.
Cass. crim., 24 juillet 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-83259.
Cass. crim., 9 octobre 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-82413.
Cass. crim., 6 mai 2003, non publié au Bulletin, pourvoi n° 02-84332.
Cass. crim., 3 juin 2003, Bull. crim. 2003, n° 112.
Cass. crim., 13 novembre 2003, non publié au Bulletin, pourvoi n° 03-80294.
Cass. crim., 7 avril 2004, non publié au Bulletin, pourvoi n° 03-85457.
Cass. crim., 15 juin 2004, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-81547.
Cass. crim., 5 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n° 236.
Cass. crim., 15 mars 2005, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-83741.
Cass. crim., 25 mai 2005, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-87833.
Cass. crim., 2 septembre 2005, non publié au Bulletin, pourvoi n° 04-87034.
Cass. crim., 11 octobre 2005, Bull. crim. 2005, n° 255.
Cass. crim., 9 novembre 2005, Bull. crim. 2005, n° 292.
Cass. crim., 18 janvier 2006, Non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-84740.
Cass. crim., 1er février 2006, non publié au Bulletin, pourvoi. n° 05-86608.
Cass. crim., 8 juin 2006, non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-86568.
Cass. crim., 6 septembre 2006, non publié au Bulletin, pourvoi n° 05-85355.
Cass. crim., 7 novembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 275.
Cass. crim., 30 janvier 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 06-84367.
Cass. crim., 4 avril 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 06-85845.
Cass. crim., 2 mai 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 06-87853.
Cass. crim., 25 juillet 2007, Bull. crim. 2007, n° 187.

Cass. crim., 24 octobre 2007, non publié au Bulletin, pourvoi n° 07-81472.
Cass. crim., 21 novembre 2007, non publié au Bulletin, pourvois n° 07-86150 et n° 07-86245.
Cass. crim. 11 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 59.
Cass. crim., 12 mars 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 07-86080.
Cass. crim., 18 juin 2008, Bull. crim. 2008, n° 157.
Cass. crim., 2 septembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86091.
Cass. crim., 17 septembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 07-87967.
Cass. crim., 28 octobre 2008, Bull. crim. 2008, n° 215.
Cass. crim., 13 novembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-80813.
Cass. crim., 18 novembre 2008, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-80441.
Cass. crim., 27 janvier 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-81180.
Cass. crim., 17 février 2009, Bull. crim. 2009, n° 40.
Cass. crim., 4 mars 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n°08-83543.
Cass. crim., 7 avril 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86548.
Cass. crim., 29 avril 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86861.
Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim. 2009, n° 88.
Cass. crim., 27 mai 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-87101.
Cass. crim., 4 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 113.
Cass. crim., 2 septembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-87304.Cass. crim., 16 septembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-82777
Cass. crim., 23 septembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-84759.
Cass. crim., 14 octobre 2009, Non publié au Bulletin, pourvoi. n° 09-85069.
Cass. crim., 20 octobre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-85138.
Cass. crim., 10 novembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-86295.
Cass. crim., 17 février 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-84377.
Cass. crim., 31 mars 2010, non publié au Bulletin, pourvoi. n° 10-80153.
Cass. crim., 5 mai 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-81139.
Cass. crim., 2 juin 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 09-83438.
Cass. crim., 8 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 103.
Cass. crim., 22 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 111.
Cass. crim., 16 novembre 2010, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-80749.
Cass. crim., 11 janvier 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 00-80350.
Cass. crim., 15 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-81834.
Cass. crim., 16 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-81561.
Cass. crim., 20 juillet 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 11-83938.

Chambre civile

Cass. civ., 19 mai 1813, Bull. civ. 1813, n° 52.
Cass. civ., 26 juin 1817, S. 1818.I.337.
Cass. civ. 2ème, 6 janvier 1971, Bull. civ. II, n° 6
Cass. civ. 2, 29 avril 1998, non publié au Bulletin, pourvoi n° 95-17995.
Cass. civ. 2e, 4 avril 2002, non publié au Bulletin, pourvoi n° 97-13352.
Cass. civ. 2e, 16 mai 2002, Bull. civ. II, n° 98.
Cass. civ. 1, 13 novembre 2003, Bull. civ. I 2003, n° 183.
Cass. civ. 2, 8 avril 2004, Bull. civ. 2, n° 183.
Cass. civ. 2ème, 3 juin 2004, Bull. civ. II, n° 272.
Cass. civ. 1, 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 283.
Cass. civ. 1, 15 mai 2007, Bull. civ. I, n° 191.
Cass. civ. 1, 3 février 2011, pourvoi n° 09-10301.
Cass. civ. 1, 9 juin 2011, non publié au Bulletin, pourvoi 10-13570.
Cass. civ. 1, 6 octobre 2011, non publié au Bulletin, pourvoi n° 10-23606

Chambre sociale

Cass. soc, 9 novembre 1945, Gaz. Pal., n° 1, 1948, p. 223
Cass. soc., 16 mars 1999, non publié au Bulletin, n° de pourvoi 95-14577
Cass. soc., 11 juillet 2001, non publié au Bulletin, pourvoi n° 99-42989
Cass. soc., 15 décembre 2009, non publié au Bulletin, pourvoi n° 08-44222

Chambre commerciale

Cass. comm., 29 juin 2007, Bull. crim. 2007, n° 181

G. Documents d'archives

Archives O.N.U.

A/C.3/SR.89
A/C.3/SR.115
A/PV.183
A/RES/61/176
A/RES/57/228 B
A/HRC/13/42
A/2929
19 EX/44

E/248
E 325
E/383
E/600
E/800
E/1681

E/CN.4/SR.1
E/CN.4/SR.11
E/CN.4/SR.46 à E/CN.4/SR.81
E/CN.4/SR.83 à E/CN.4/SR135
E/CN.4/Sub.1/SR.24 à E/CN.4/Sub.1/SR.47
E/CN.4/SR.136 à 201

E/CN.4/7
E/CN.4/8
E/CN.4/AC.1/3
E/CN.4/21, annexes A, B, C et D
E/CN.4/21
E/CN.4/AC.2/1
E/CN.4/57
E/CN.4/80
E/CN.4/95
E/CN.4/99
E/CN.4/AC.1/4
E/CN.4/232
E/CN.4/350
E/CN.4/353/Add.1
E/CN.4/353/ Add.2
E/CN.4/353/Add.8
E/CN.4/353/Add.10
E/CONF.6/79
E/CONF.6/C.4/SR.5

CCPR/C/86/D/1228/2003
CCPR/C/86/D/1434/2005
CCPR/CO/71/SYR
CAT/C/SR.949

CPT/Ing(94)17
S/2004/616
SG/SM/10436
SG/SM/10216

Résolution 5 (I) du 25 février 1946
Résolution 59 (I) du 14 décembre 1946
Résolution 46 (IV) du 28 mars 1947
Résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948.
Résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966
Résolution 3452 (XXX) du 9 décembre 1975
Résolution A/RES/39/46 du 10 décembre 1984
Résolution A/RES/53/144 du 9 décembre 1998
Résolution A/RES/55/2 du 8 septembre 2000
Résolution A/RES/58/4 du 31 octobre 2003

Archives nationales des Etats-Unis

NARA, *Doc. 888.00/9-1343 Department of State Memorandum, 13 september 1943*
NARA, RG 84, E 2462, B 30
RG 84, E 2462, B 44
RG 84, E 2478, B 41
NARA, RG 153, E 135, B 95

Archives nationales anglaises

N.A., CAB/129/24
N.A., CO/936/5/5
N.A., Doc. FO/371/59740/UN2029
FO 371/67609/UNE2326 IOC (DM) (47)
N.A., CAB 134/423 IOC (HR) (48)
; FO 371/72799
CAB 134/385 Annex F
CAB 134/385 Annex F to IOC (47) 246.

Archives du Conseil de l'Europe

INF/2/F
INF (5)
2007/C 303/2
A 116
A. 142
A.167
A. 770
A. 775
A.777
A. 802
A.833
A 1937

AS (1) 77
AS (1) 108
AS (1) 116
AS (2) 8
AS (2) 104

DH (56) 11

CM/WP (50) 1
CM/WPI (50) 2
CM/WPI (50) 10
CM/WP I (50) 15
CM/WP 4 (50) 19
CM 1 (50) 6
CM 1 (50) 9
CM/adj (50) 3
C.P. (50) 211
R (95) 11
CPT/ Inf/C (2002) 1
PC-CP (2011) 3
RL (2008) 7

Débats parlementaires français

Assemblée nationale

Séance du 23 juillet 1789 au matin, *Gaz. nat.* , n° 23, 24 juillet 1789
Séance du 27 juillet 1789, *Gaz. nat*, n° 25, du 25 au 27 juillet 1789
Séance du 1er août 1789, *Gaz. nat*., n° 32, du 1er au 3 août 1789
Séance du 17 août 1789, *Gaz. nat*., 18 août 1789
Séance du 21 août 1789 au soir, *Gaz. nat*., n° 45, du 21 au 23 août 1789
Séance du 10 septembre 1789 au soir, *Gaz. na.t,*, n° 55, du 8 au 12 septembre 1789
Séance du 14 septembre 1789. Procès-verbal de l'Assemblée nationale, Du lundi 14 septembre [1789], au soir, n° 74, Paris, Beaudoin, p. 8
Séance du 29 septembre 1789, *Gaz. nat*., n° 65, du 29 au 30 septembre 1789
Séance du 5 novembre 1789, *Gaz. nat*., n° 85, 6 novembre 1789
Séance du 8 décembre 1789, *Gaz. nat*. n° 109, 9 décembre 1789
Séance du 10 mars 1790 au matin, *Gaz. nat*, n° 70, 11 mars 1790
Séance du 23 mars 1790, *Gaz. nat*., n° 84, 25 mars 1790
Séance du 8 janvier 1791, *Gaz. nat*., n° 9, 9 janvier 1791
Séance du 22 janvier 1791, *Gazette nationale*, vol.7, 1791, p.91
Séance du 4 février 1791, *Gaz. nat*., n° 36, 5 février 1791
Séance du 23 janvier 1953
Séance du 1er décembre 1954
Deuxième séance du 2 décembre 1971, J.O. du 3 décembre 1971, p. 6322.
Troisième séance du 15 mai 1984, compte-rendu intégral, p. 2356
Première séance du 29 novembre 1988, compte-rendu intégral, p. 2817
Troisième séance du 23 mars 1999, J.O. du 24 mars 1999, p. 2722
Première séance du 24 mars 1999, J.O. du 25 mars 1999, p. 2783
Deuxième séance du 10 février 2000, compte-rendu intégral, pp. 1017 et 1018
Troisième séance du 19 décembre 2006, J.O. du 20 décembre 2006, p. 9188
Séance du 6 février 2007, J.0. du 7 février 2007, p. 1121.

Sénat

Séance du 28 juin 1865, in *Annales du Sénat et du Corps législatif*, vol. 9, Paris, Moniteur universel, 1865, p. 71
Séance du 19 février 1868, in *Annales du Sénat et du Corps législatif*, vol. 5, Paris, Moniteur universel, 1868, p. 296
Séance du 14 janvier 1880, J.O. du 15 janvier 1880.
Séance du 28 mars 1896, J.O. du 29 mars 1896, annexe 10
Séance du 25 juin 1999, J.O. du 26 juin 1999
Séance du 20 janvier 2004, J.O. du 21 janvier 2004
Séance du 6 février 2007, J.0. du 7 février 2007
Séance du 8 février 2007, J.O. du 9 février 2007

Table des matières

Introduction 11
Section 1. Une publicité qui se confond historiquement avec l'idée même de procès pénal 16
Section 2. La publicité du procès pénal depuis 1789 26

Première partie : la publicité de l'audience pénale par l'admission du public à l'audience 37

Titre I : la publicité de l'audience pénale en droit international 38

Chapitre I : un principe reconnu comme un droit universel 39

Section 1. La publicité de l'audience dans les textes normatifs des Nations unies 40

§ 1. La division initiale de la Commission des droits de l'homme 42
A. Les propositions initiales en matière de publicité de l'audience pénale 43
B. Les réserves, désaccords et oppositions au cours des travaux 47

§ 2. L'affirmation du caractère fondamental de la publicité de l'audience pénale 53
A. Un principe exprimé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme 55
B. Un principe affirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques 60

Section 2. La publicité dans la Convention européenne des droits de l'homme 66

§ 1. La forte influence des textes de l'O.N.U. et du droit anglo-américain sur l'article 6 de la Convention 68
A. Une influence déjà en place avant les travaux préparatoires de la Convention 69
B. La totale réécriture, par les Anglais, de l'article 6 de la Convention 76

§ 2 Une publicité judiciaire au service du principe démocratique défendu par la Convention 83
A. La sauvegarde de la démocratie : « *but et objet* » de la Convention 83
B. La publicité, moyen transcendant d'accomplissement démocratique 90

Chapitre 2 : la publicité de l'audience pénale dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme 106

Section 1. La double protection du principe de la publicité de l'audience 108

§ 1. Un moyen procédural de protection 109
A. Le contrôle par la publicité de la qualité du tribunal 109
B. Le contrôle par la publicité de la qualité de la procédure 115

§ 2. Un moyen matériel de protection 125
A. La publicité et la protection contre la torture et les mauvais traitements 126
B. La publicité et la protection du droit d'*habeas corpus* 131

Section 2. La portée du principe de la publicité de l'audience pénale 139

§ 1. La réception jurisprudentielle sur le fondement
des stipulations de la Convention 141
A. La portée du principe de publicité, fondé sur le volet pénal de l'article 6 § 1 141
B. La portée du principe en procédure pénale,
fondé sur le volet civil de l'article 6 § 1 148

§ 2. Les restrictions au principe de la publicité de l'audience pénale
validées par la Cour européenne des droits de l'homme 154
A. Les restrictions fondées sur la Convention 154
B. L'acceptation jurisprudentielle de la renonciation à la publicité 164

Conclusion du Titre I 173

Titre II : la publicité de l'audience en droit interne 174

Chapitre I : la justification par le législateur
du principe de la publicité de l'audience 175

Section 1. La publicité dès la naissance de l'accusation 177

§1. Le contrôle, par la publicité, de la procédure et de l'action des juges 179
A. Le contrôle par la publicité : la rupture fondamentale de 1789 179
B. La publicité de l'audience, sève des droits de la défense 188

§ 2 La publicité de l'audience au soutien du principe du contradictoire 198
A. L'*implantation* de la publicité de l'audience pendant la phase d'instruction 198
B. Le *développement* de la publicité de l'audience pendant la phase d'instruction 203

Section 2. La publicité de l'audience
dès l'exposition au risque de peine privative de liberté 214

§ 1. La publicité contre les abus en matière de privation de liberté 215
A. La publicité contre l'abus de la privation de liberté à des fins procédurales 215

B. La publicité comme moyen de protection de la liberté de l'intégrité physique 223

§ 2. La diffusion de la publicité, fruit de la réaction du législateur
aux excès de la logique inquisitoriale 232
A. Une réaction du législateur
à la survivance de l'esprit de l'Ordonnance de 1670 232
B. Le choix, assumé par le législateur contemporain,
d'une protection matérielle de la liberté 239

Chapitre 2. La mise en œuvre du principe de la publicité de l'audience 246

Section 1. La mise en œuvre légale du principe de publicité 247

§ 1 La publicité ou son absence posée de manière absolue par la loi 248
A. La publicité posée de manière absolue par la loi 248
B. L'absence de publicité posée de manière absolue par la loi 258

§2. La publicité de l'audience laissée à l'appréciation
de la juridiction ou des parties 275
A La publicité de l'audience laissée à l'appréciation de la juridiction 275
B. La publicité de l'audience laissée à l'appréciation des parties 282

Section 2 L'affaiblissement du principe de la publicité de l'audience
par la jurisprudence 292

§1. De l'obligation de constat à la présomption de publicité de l'audience 293
A. Le principe de la publicité de l'audience dans la jurisprudence 293
B. La présomption de la publicité de l'audience 299

§ 2 De la présomption à la négation du principe et à la fiction de la publicité 308
A L'affaiblissement du principe pendant la phase d'instruction 308
B. L'acceptation de la fiction de la publicité de l'audience 314

Conclusion du Titre II 323
Conclusion de la première partie 325

Deuxième partie : la publicité du procès pénal par la diffusion d'éléments d'information à destination du public 327

Titre I : la publicité du procès pénal hors de la salle d'audience mise en œuvre par l'institution judiciaire 328

Chapitre 1 : la publicité de la sanction judiciaire 329

Section 1 La publicité de la peine 330

§ 1. Les justifications classiques de la publicité de la peine 331
A. L'exemplarité de la peine 331
B. Le droit de punir : attribut public de la souveraineté 338

§ 2. L'exclusion progressive du public de l'exécution de la peine 345
A. La disparition de la peine de l'espace public 345
B. Le souci de la réintégration sociale des condamnés 352

Section 2 Une publicité de la sanction désormais limitée à la décision 361

§ 1 La publicité, élément de la peine 362
A. L'atteinte à la réputation, moyen de pénalité 362
B. La peine de publication judiciaire 370

§ 2. La publicité au soutien de l'innocence ou de sa présomption 380
A. La publicité au soutien de l'innocence 380
B. La publicité au soutien de la présomption d'innocence 386

Chapitre 2. La publicité, élément essentiel de la justice pénale 395

Section 1 La publicité judiciaire, fondement de la légitimité de la justice 396

§1 La publicité, fondement de la confiance du public dans l'institution judiciaire 397
A. La confiance du public, fondement de l'efficacité sociale de la justice 397
B. Une relation étroite entre publicité et confiance 404

§2 La confiance du public, fondement de la légitimité de l'institution judiciaire 410
A. L'exemple de l'affaire *Dutroux* 410
B. La situation française : une double rupture entre le public et les magistrats 416

Section 2 La mise en œuvre de la publicité hors de la salle d'audience
à l'ère numérique 423

§ 1 L'accessibilité de la décision judiciaire à l'heure de la technologie numérique 424
A. Une obligation d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme juridique 424
B. Une effectivité de la diffusion renforcée par la numérisation 428

§ 2. Les nouvelles technologies : des craintes mais une opportunité historique 436
A. Les nouveaux dangers de la numérisation 436
B. Une mise en images difficile de la Justice 449

Conclusion du Titre I 467

Titre II : la publicité hors de la salle d'audience mise en œuvre par des tiers à l'institution judiciaire 469

Chapitre I : le droit du public à l'information appliqué au procès pénal 470

Section 1 Le principe du droit du public à l'information dans les textes des Nations unies 471

§ 1. Dans la Déclaration universelle de 1948 472
A. Un principe énoncé dès la genèse des Nations unies 472
B. Une formulation conforme à la volonté américaine 478

§ 2 Dans le Pacte de 1966 485
A. Les discussions au sujet de la portée du droit à l'information 485
B. La liberté de « *rechercher, de recevoir et de répandre des informations* » 490

Section 2 : Le droit européen du public à l'information 498

§ 1. L'article 10 de la Convention 499
A. Un texte en retrait par rapport à ceux de l'O.N.U. 499
B. Le renforcement du principe par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 504

§ 2. Le nouveau paradigme posé par la jurisprudence européenne 513
B. La prise en compte fondamentale de l'intérêt public d'une information 513
B. La mise à mal du secret judiciaire 520

Chapitre 2 : la réalisation de la publicité du procès pénal hors la salle d'audience par des tiers à l'institution judiciaire 534

Section 1 La diffusion du compte-rendu d'audience prévu par la loi 535

§ 1 La préférence du législateur pour le compte-rendu par écrit 536
A. La protection légale du compte-rendu d'audience 536
B. L'encadrement légal du compte-rendu d'audience 540

§ 2 Les fortes réticences à l'encontre du compte-rendu par l'image ou le son 547
A. La crainte du législateur envers l'image et le son 547
B. Des prises de vue illégales autorisées par les autorités légales 556

Section 2 La prise en compte du droit du public à être informé 565

§1 La prise en compte par la loi 565
A. L'accès aux documents judiciaires 565
B. La prise en compte de l'existence d'une publicité hors les murs par le législateur 574

§ 2. La prise en compte de la déontologie journalistique comme source de droit 581
A. Une convergence contemporaine
entre la jurisprudence européenne et la norme déontologique française 581
B. Le changement d'orientation de la déontologie des journalistes français 590

Conclusion du Titre II 608
Conclusion de la deuxième partie 610
Conclusion générale 612

Bibliograpie 619
Table des matières 648