



M. Henri ADER

JUSTICE ET SECRET

Séance du lundi 27 février 2006

Qui songerait à rapprocher deux couleurs qui jurent ou pis encore qui se tuent ? Le rapprochement des deux substantifs secret et justice suscite de nos jours la même gêne. Dans l'esprit de chacun de nous ils sont antonymes comme beauté et laideur.

Il n'en fut pas toujours ainsi. Le secret qui est le refus du partage parut pendant longtemps aussi nécessaire à la justice que l'eau au poisson.

Qu'est ce que la Justice, simplement ? Une décision prise par un tiers et qui s'impose à celui qui la subit ou l'a souhaitée.

Pendant des siècles sa manifestation était publique avec des exceptions cependant, mais sa conception était cachée. Les exceptions sont célèbres et de Voltaire à Marcel Pagnol l'histoire du masque de fer a enflammé nos imaginations. Marchialy, diplomate de Venise fut enlevé dans le plus grand secret, jugé de même c'est à dire condamné à la geôle à perpétuité et enfin dans les transports d'une prison à l'autre condamné de surcroît à voyager masqué. Le secret fut si bien gardé qu'aujourd'hui encore historiens et romanciers discutent de son identité.

Depuis lors, nos mœurs et nos usages ont évolué, les plombs de Venise ne sont plus qu'un souvenir historique.

Comme l'a dit, de façon lapidaire, en 1995 le sénateur Jolibois, rapporteur dans la mission d'information de la commission des lois sur le respect de la présomption d'innocence et le secret de l'enquête et de l'instruction

« le secret entretient le soupçon ». (1)

Je ne vais pas cet après midi considérer comment en France ou en Europe la justice est rendue, par qui et dans quel délai. Les auditions publiques de la commission parlementaire constituée après l'arrêt de la cour d'assises de Paris acquittant les condamnés d'Outreau en appel montrent que le secret n'est pas le seul accusé. Et si le juge Burgaud a rejoint dans l'opprobre les juges Lambert et Pascal, ce n'est pas seulement parce qu'ils furent dans la genèse de ces scandales judiciaires (Bruay en Artois, La Vologne), les juges uniques qui se sont trompés mais parce qu'il n'apparaît plus au citoyen français du 21ème siècle qu'ils furent formés comme il se devait.

Significativement dans les pays de droit coutumier, l'Angleterre, ses anciennes colonies, les Etats Unis et ses anciens dominions ou encore le Québec, cependant pays de droit civil, on commet autant d'erreurs judiciaires que chez nous mais le juge est rarement mis en cause. Le juge chez eux qu'il soit élu ou nommé par les pouvoirs exécutifs et législatifs vient des rangs des avocats expérimentés. Il en fut de même en France depuis 1274 jusqu'à l'édit de Henri IV baptisé avec dérision la Paulette du nom de son

chancelier.

Non, je vais aujourd'hui voir pourquoi et comment le secret pèse encore sur la Justice.

Quelle que soit l'actualité du jour, le souhait de chacun dans une société libre, policée et démocratique est que la Justice ne s'entoure d'aucun secret.

Celui qui s'en remet pour résoudre le conflit qu'il a avec un de ses semblables

ou qui est obligé de s'en remettre à la justice

la veut impartiale, rapide, sereine, incorruptible et surtout sans voile.

Il est certain que l'idéal serait qu'aucun secret, si petit soit-il ne soit caché à ceux qui y ont recours ou qui y sont soumis et que soit connu de tous, le moindre détail, la plus élémentaire mécanique mise en marche et au terme de laquelle le juge dit son arrêt.

Dans notre mémoire collective, depuis l'enfance, nous admirons la justice de Salomon allant sans fard à la vérité quand il a à juger qui est la mère de l'enfant que se disputent devant lui deux femmes acharnées, ou celle du roi Saint Louis sous le chêne de Vincennes. Comme ces deux exemples fabuleux, le prêtreur à Rome, celui qui ne se préoccupait pas des petites choses

« de minimis non curat praetor »

le prêtreur décidait et jugeait vite et au vu et au su de tous.

Ces exemples sont, bien sûr, tous tirés de l'histoire du juge unique.

Secret du délibéré

Le problème du secret se pose dès l'instant où la justice est rendue par une juridiction collégiale. Faut-il ou non que soient révélées les positions prises par chacun des juges qui a pris part à la délibération ?

Les juridictions de common law, en Angleterre, aux Etats Unis, au Canada n'y voient aucun inconvénient. Bien au contraire un arrêt de la Cour suprême des Etats Unis, par exemple, sera publié avec dans son corps

s'il y a eu au cours du délibéré des juges dissidents,

l'exposé de la « dissenting opinion » et sa motivation.

L'arrêt commence donc par la motivation de la décision et par le texte de celle-ci puis il continue avec une ou plusieurs « dissenting opinions », le ou les noms des juges dissidents et leurs motifs.

Au cours d'une discussion à l'école de droit de l'Université d'Harvard, nous étions en 1951 deux étudiants français qui défendions le secret du délibéré et la règle française. Nos adversaires avaient un argument auquel nous ne savions répondre : « Les dissenting opinions » éclairent l'arrêt rendu. Elles font progresser la jurisprudence qui dans un pays de common law est l'une des sources du droit, sinon l'unique ».

Même si les cours européennes à Luxembourg comme à Strasbourg se sont ouvertes à la pratique de la « dissenting opinion », les juridictions françaises y sont hostiles résolument.

Par son serment le juge s'engage à « bien fidèlement remplir ses fonctions, garder religieusement le secret des délibérations et de se conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ».(2)

La commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, dite commission Jean Cabannes du nom de son président, premier avocat général honoraire à la Cour de Cassation, dont j'avais l'honneur, comme avocat (seul avocat) de faire partie, dans le rapport qu'elle a remis en novembre 2003 à Monsieur Perben, garde des sceaux, qui l'avait constituée et nommée, proposait de remplacer ce serment par celui-ci : « je jure au service de la loi de remplir mes fonctions avec impartialité et diligence en toute loyauté, intégrité et dignité dans le respect du secret professionnel et du devoir de réserve ».

L'article 6 de l'ordonnance n°58.1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature qui contient la formule du serment n'a pas été modifié et les magistrats français continuent à prêter le serment dont j'ai rappelé les termes à l'instant.

Le secret du délibéré subsiste en France. La formule de la proposition Cabannes rappelait en tout état le respect du secret professionnel.

Il faut préciser que là où le secret du délibéré n'existe pas, comme aux Etats Unis, le délibéré cependant n'est pas public. La décision de justice seule est publique. Il subsiste donc un secret qui couvre la délibération elle-même

C'est à dire les mouvements des uns, le changement d'avis des autres...etc.

Deux exemples historiques viennent à l'esprit. Au procès du maréchal Pétain en août 1945 le secret du délibéré fut respecté jusqu'au jour, longtemps après, où un des jurés résistants qui n'avait pas voté la mort révéla avant son décès ce qu'avaient été les délibérations.

C'est aujourd'hui le secret de polichinelle et dans son ouvrage « Pétain », Lord Charles Williams, explique dans le détail comment chacun a voté, la mort ayant été votée à une voix de majorité.(3)

Remontons dans le temps : au procès de Louis XVI en 1792-1793, la Convention, juridiction extraordinaire, décida que le vote de chacun des Conventionnels serait émis publiquement à la tribune. Alors aussi la mort immédiate ne fut votée qu'à la majorité d'une voix. L'aurait-elle été si le vote avait été à bulletins secrets ?

* * *

Le secret de l'instruction

Si aujourd'hui en France le secret des délibérations ne fait pas problème, celui de l'instruction est critiqué.

Son histoire est mouvementée. Jusqu'en 1897 l'instruction est toute entière couverte par le secret. Elle est faite par le juge d'instruction magistrat du siège. Celle magistralement et minutieusement décrite par Emile Gaboriau dans son roman « Monsieur Lecocq » en 1869 est restée célèbre.

En 1897 la loi autorise l'avocat à accompagner son client dans le cabinet du juge

d'instruction.

Aujourd'hui, le code de procédure pénale contient la règle dans son article 11

« 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 dans les conditions et sous les peines des articles « 226.13 et 226.14 du code pénal.

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

Voilà la justice à nouveau sous voile. Pourquoi ?

d'abord pour respecter la présomption d'innocence contre la curiosité des médias, des tiers et plus généralement du public.

Ensuite pour l'institution judiciaire elle-même, dans l'intérêt de son bon fonctionnement de sa sérénité et de son efficacité.

Secret de l'enquête, secret de l'instruction, secret de ceux des procès qui se déroulent à huis-clos, sont considérés comme nécessaires pour les deux motifs que je viens de rappeler.

Comme malheureusement ce voile temporaire — puisqu'il se lève dès que l'instruction est terminée — est souvent, trop souvent soulevé,

le législateur le 15 juin 2000 a introduit dans le code, le troisième alinéa de l'article 11. Ce sont les fameuses fenêtres qu'en cours d'instruction peut ouvrir le procureur de la République, soit proprio motu soit la demande du magistrat instructeur ou des parties. Ce remède ne s'est pas révélé très efficace depuis six ans.

Auparavant la commission des lois, dans le rapport déjà cité (4) avait employé cette formule frappante : « cet embryon du droit au cri » en rappelant les termes de l'article 175-1 du code de procédure pénale qui permet à celui qui a été mis en examen et qui ne voit rien venir – sauf la poursuite de sa détention provisoire — de demander au juge d'instruction de le renvoyer devant la juridiction de jugement ou de prononcer le non-lieu.

* * *

Huis-clos

Le code de procédure pénale (art 306.400) prévoit que certains débats doivent se dérouler dans le secret.

Tribunaux, cours d'appel, cours d'Assises peuvent prononcer le huis-clos, déclarer non recevables toutes demandes d'enregistrement et faire évacuer la salle quand la publicité est dangereuse pour l'ordre public ou les mœurs, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers.

Mineurs délinquants

Enfin le même secret entoure le mineur devant le tribunal pour enfants. L'article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifié depuis cette date va même jusqu'à préciser que chaque affaire où est jugé un mineur délinquant sera jugé séparément en l'absence de tous autres prévenus.

Et il interdit toute publication par quelque moyen que ce soit des compte-rendus d'audiences des tribunaux pour enfants.

Il n'est pas sage de contester à ces divers stades le silence que la loi impose à la justice, et dont elle se trouve fort bien.

Rappelons que la justice arbitrale, celle qui est rendue par un arbitre ou un collègue d'arbitres désignés par les parties ou par une organisation d'arbitrage à laquelle les deux adversaires s'en sont remis peut être rendue dans le secret le plus absolu.

La convention que signent les parties opposées pour manifester qu'elles souhaitent que leur litige soit tranché par un ou des arbitres est appelée le compromis d'arbitrage.

Elle peut stipuler que resteront à tout jamais secrets l'existence du litige, le déroulement de l'arbitrage et sa solution. L'intérêt du secret n'est plus ici d'ordre public mais d'ordre privé. Les plaideurs ne veulent surtout pas que l'on connaisse leurs démêlés.

C'est le secret des affaires.

La loi française interdit le recours à l'arbitrage pour certaines matières où précisément l'ordre public est en jeu...droit de la famille, état des personnes...etc. ainsi bien sûr que le droit pénal. L'Etat ne délègue pas son droit régalién de juger quand la loi pénale a été violée.

Le « secret entretient le soupçon » les « droits au cri » que d'expressions discutées au sénat il y a plus de dix ans et qui sonnent tristement dans nos têtes en février 2006.

Faut-il que le législateur efface, dans la réforme, qu'il va entreprendre, toutes ces zones de silence qui subsistent encore.

Compte tenu de la puissance de la presse écrite, radiodiffusée et télévisée sur les esprits, compte tenu aussi de l'extraordinaire circulation des idées, des mensonges, des racontars par courriel,

il faut certainement maintenir le secret du délibéré tout en acceptant la publication des opinions dissidentes, il faut aussi garder le secret du huis-clos quand il est ordonné et celui entourant la justice des enfants. Les investigations menées par la police et par le ministère public restent secrètes. Mais les instructions données au Parquet par la Chancellerie doivent être publiées (elles le sont aujourd'hui) mais aussi les réponses du procureur au ministre.

La garantie de l'indépendance du juge doit être renforcée : l'espoir de l'avancement hiérarchique, la décoration attendue peuvent y faire aujourd'hui obstacle.

Le secret de l'instruction n'est plus qu'un leurre, il doit être législativement abandonné. Il ne subsisterait que si le mis en examen le demandait.

Ne rêvons plus du roi Salomon, de Saint Louis ou du prêtre romain.

Ce tableau de la Justice et du silence n'est pas complet si l'on ne parle pas des secrets qui s'opposent à la Justice à côté de ceux dont elle s'entoure.

Ils ne sont pas très nombreux mais sont source de conflits car parfois, souvent, la Justice s'en irrite.

Tout d'abord le secret professionnel, celui du ministre du culte, du médecin, de l'avocat : il peut poser problème.

Puis le secret d'Etat : même dans une société démocratique, il a tendance à être arbitraire. Le pouvoir exécutif, dans le cadre de la loi certes, en est jaloux et nous avons connu des juges courageux qui ne se satisfaisaient pas du refus qui leur était opposé.

Il y a encore le secret qui entoure et protège la vie privée du citoyen, en application de l'article 9 du code civil que nous devons non pas à Bonaparte mais au président Pompidou à la suite des indiscrétions graves commises à son égard.

Cet article fait l'objet de nombreux jugements et arrêts.

Dans cette question toujours posée au juge qui,

entre ces trois antagonistes, le juge, le citoyen, la presse, a le droit de savoir quoi sur l'autre la tendance du juge français est moins favorable à la presse et donc au citoyen que celle de la Cour européenne de justice des Droits de l'homme qui siège à Strasbourg, a pour justiciables les quarante trois nations qui siègent au Conseil de l'Europe et peut être saisie par n'importe quel citoyen ou citoyenne de ces nations.

La Cour de Strasbourg s'appuie sur l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, ainsi rédigé :

« 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'autorité publique et sans considération de frontière...etc.

ses décisions sont nombreuses (5) dès avant mai 2001 alors que sur les 43 états membres l'Arménie et l'Azerbaïdjan avaient signé mais pas encore ratifié la convention européenne du 4 novembre 1950.

L'arrêt Goodwin c/Royaume Uni conclut à une violation de l'article 10 sus rappelé car, dit la Cour, c'est à tort qu'une ordonnance avait enjoint à un journaliste, Goodwin, de révéler ses sources d'information.

La Cour considère que « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse » .

Pour l'avocat que je suis l'arrêt Schöpfer c/Suisse rendu par la Cour de Strasbourg (6) est significatif : un avocat suisse au cours d'une conférence de presse, exprime ses doléances au sujet d'une procédure pendante devant une juridiction pénale, d'une manière générale et grave et il forme ensuite seulement un appel devant la Cour nationale. Il est sanctionné disciplinairement. Il saisit la Cour européenne. Celle-ci rejette

son recours et lui rappelle le statut spécifique des avocats qui, placés dans une situation centrale dans l'administration de la justice, sont des intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux. Ils disposent dès lors d'un rôle clé dans ce domaine.

Elle ajoute : « qu'on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et ainsi, à la confiance du public en celle-ci...il va sans dire également que la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats qui ont, certes, le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice mais dont la critique ne saurait franchir certaines limites. A cet égard, il convient de tenir compte de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu parmi lesquels figurent le droit public d'être informé sur les questions qui touchent au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire, les impératifs d'une bonne administration de la justice et la dignité de la profession d'avocat ». Donc dit la Cour la sanction disciplinaire qui a frappé l'avocat Schöpfer était nécessaire dans une société démocratique.

La Cour de Strasbourg a condamné la France pour avoir condamné le Canard enchaîné qui avait publié en fac-similé la reproduction de la déclaration fiscale de Monsieur Calvet alors que celle-ci est protégée en droit fiscal français par le principe du secret fiscal. La France est condamnée aussi pour avoir maintenu et appliqué la loi datant de 1931 qui interdit à la presse de faire état de procédures initiées sur plainte avec constitution de partie civile.

Ainsi les plages de silence pour la justice française vont diminuant comme une peau de chagrin.

Parmi ces plages, enfin une, une qu'a consacrée l'arrêt Goodwin, de la Cour de Strasbourg. Elle existe dans notre droit positif français. L'article 109 du code de procédure pénale permet à un journaliste de garder le silence sur ses sources et d'opposer le secret aux juges. Il reste cependant que le juge d'instruction peut faire perquisitionner son domicile ou son lieu de travail (art. 56.2 du code de procédure pénale).

Le citoyen est, en principe, également protégé par les règles sur les écoutes téléphoniques et sur l'anonymat de certaines données personnelles protégé par le CNIL.

La presse a été malmenée dans l'affaire dite d'Outreau. Souvenons nous que dans l'affaire Carignon, du moment où elle a pu avoir accès complet au dossier d'instruction en cours, le point de vue qu'elle a pu s'en faire était très différent de ce qu'elle écrivait auparavant.

Il faut maintenant conclure. Dois-je conclure ?

Après plus de cinquante et deux années d'exercice de la profession d'avocat et beaucoup, beaucoup d'années comme arbitre et surtout, surtout comme juge disciplinaire,

je sais que la Justice est l'art le plus délicat qui soit, plus que la musique, le dessin, la sculpture, la philosophie ou la sociologie.

On ne s'y instruit pas, on ne fait pas des gammes, on ne pétrit pas la glaise et on n'y émet pas doctoralement des théories indiscutables.

On souffre avec celui qu'on juge, on tâche de comprendre ce qu'il dit et ce qu'il ne dit pas, on tente de soupeser ce qui est juste, équitable ou inéquitable, on tâche d'appliquer la loi

et comme me l'a dit une juge d'instruction admirable et qui a fait elle ce qu'elle a pu, dans l'exercice de son métier

Catherine Samet,

on plonge en soi-même et on essaye d'en tirer un secret bien plus important que tous les secrets dont je vous ai parlé jusqu'ici

« le secret de l'inconscient » .

Notes

(1) « Justice et transparence » 199.1996. Les rapports du Sénat n°247 page 63. Editeur Direction des journaux officiels. ([retour au texte](#))

(2) « L'éthique du juge : une approche européenne et internationale » : Denis Salas et Harold Epineuse, Dalloz, page 104. ([retour au texte](#))

(3) « Pétain », Little Brown 2005, page 511. ([retour au texte](#))

(4) id p.68. ([retour au texte](#))

(5) « La jurisprudence relative à l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme », dossier sur les droits de l'homme n°18 Editeur Conseil de l'Europe mai 2001. ([retour au texte](#))

(6) ibid p.69 et 70. ([retour au texte](#))