

# L'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 : la protection formelle du secret de l'instruction

**Nicolas Bonnal**

DANS **LEGICOM** 2013/2 N° 50 , PAGES 91 À 94

ÉDITIONS **VICTOIRES ÉDITIONS**

ISSN 1244-9288

ISBN 9782351132142

DOI 10.3917/legi.050.0091

Date de mise en ligne : 23/03/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-legicom-2013-2-page-91?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Victoires éditions.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

# L'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 : la protection formelle du secret de l'instruction

Nicolas Bonnal

Premier vice-président au TGI de Bobigny

L'interdiction de «*publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant leur lecture en audience publique*», voilà ce qu'institue, de façon concise, claire et définitive, l'article 38 de la loi sur la liberté de la presse. Pourtant, on le sait, ce texte est discuté, critiqué, et disséqué par les juridictions nationales comme par la Cour européenne des droits de l'homme. Et ce, quoique les actions engagées sur son fondement soient relativement peu nombreuses, même si, de façon intuitive, on peut penser qu'il a été peut-être plus appliqué ces deux ou trois dernières années que dans le courant des années 2000.

Pour fixer les idées et lancer quelques pistes de réflexion, étant précisé qu'on ne traitera pas ici du second alinéa du même article réprimant la publication d'informations relatives aux délibérations et travaux du Conseil supérieur de la magistrature, il est utile : 1°) de rappeler, au prisme des personnes qui peuvent en user, le but recherché par le législateur national ; 2°) de faire le point sur la question de la conformité de ce texte avec la Convention européenne des droits de l'homme ; 3°) d'examiner enfin le couple

que forme cette infraction de presse avec le délit de droit commun de recel de violation du secret de l'instruction.

1. L'objectif poursuivi par ce texte est, évidemment, la protection du secret de l'enquête et de l'instruction, dans une claire distinction entre cette phase secrète et la phase publique de l'audience. Il faut d'abord observer que cette distinction n'est, de nos jours, plus si claire, puisque la loi prévoit des fenêtres de publicité devant la chambre de l'instruction (article 199 du Code de procédure pénale (1), la publicité étant possible en toute matière à la demande du mis en examen, et de principe en matière de détention provisoire). À notre connaissance, aucune décision n'a eu à se pencher sur le fait de savoir si ces audiences publiques de la chambre de l'instruction doivent être assimilées à l'audience publique visée par l'article 38.

Quoi qu'il en soit, le régime des poursuites intentées sur le fondement de ce texte rend assez bien compte de la diversité et de l'évolution de la notion même de secret.

L'exclusivité des poursuites pénales en est laissée au parquet, puisque aucune des nombreuses exceptions au principe du monopole

1. Modifié à cette fin par les lois du 15 juin 2000 et du 5 mars 2007.

du ministère public institué par l'article 47 de la loi ne concerne l'infraction de l'article 38. C'est avant tout l'efficacité de l'enquête, les nécessités de l'instruction, dont le parquet est garant, qu'il s'agit là de protéger. On évoquera aussi, comme le font les arrêts rendus en la matière (2), la protection de l'impartialité du pouvoir judiciaire, quelque méfiant qu'un juge français puisse être devant l'idée, très anglo-saxonne, qu'un juge, et surtout un juré populaire, doit arriver à l'audience totalement vierge de toute information relative à l'affaire qu'il juge.

Mais le droit de la personne qui s'estime lésée par une telle publication de se constituer partie civile devant la juridiction pénale saisie par le parquet a été reconnu entre les deux guerres (3). Et voilà au moins vingt ans (4) que cette même partie lésée peut agir de sa seule initiative devant la juridiction civile. Et c'est bien là la réputation des droits d'autrui dont il s'agit d'assurer la protection. Et au premier chef, de la présomption d'innocence, justification principale de la conception la plus contemporaine du secret de l'instruction. Mais pas seulement, puisque comme on le disait dès 1926, même la personne «non inculpée» peut agir, notamment une partie civile dans une affaire d'abus de faiblesse, présentée par les pièces de procédure publiées, «comme une femme manipulée ou affaiblie».

2. Protéger la réputation et les droits d'autrui, garantir l'impartialité du pouvoir judiciaire. Ce langage est évidemment tiré de l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention européenne. Il est venu naturellement à la bouche pour évoquer le but poursuivi par la loi nationale. Est-ce à dire que la question de la conventionnalité de l'article 38

est d'ores et déjà réglée? Oui, peut-on dire dans un premier temps, puisque tant la Cour de cassation (5) que la Cour européenne des droits de l'homme (6) ont jugé ce texte conforme à la Convention, d'une façon que la Cour de cassation a plusieurs fois confirmée depuis (7) et que la Cour de Strasbourg n'a jamais frontalement contredite (8).

Pour autant, l'analyse doit être poussée plus loin. Car, si la Cour de cassation n'hésite pas à affirmer de façon générale que l'interdiction édictée par l'article 38 constitue une mesure nécessaires dans une société démocratique autorisées par l'alinéa 2 de l'article 10, la Cour européenne est, selon sa méthode éprouvée, beaucoup plus prudente et, sans se prononcer sur l'adéquation d'un texte avec la Convention, ne statue que sur la conventionnalité de son application dans le cas d'espèce dont elle est saisie. La Cour (9) relève cependant que l'article 38 «*n'empêche pas l'analyse ou le commentaire des actes de procédure, ou la publication d'une information dont la teneur a été puisée dans la procédure elle-même*» et que cette restriction, «*limitée et temporaire*», n'a pas «*un caractère général et absolu*» qui entraverait «*de manière totale le droit pour la presse d'informer le public*». Mais elle ajoute à cette analyse générale des considérations détaillées sur les conséquences de la publication litigieuse sur les personnes concernées, comme sur les jurés appelés à composer la cour d'assises (la publication portait sur une instruction criminelle en cours), et sur le caractère peu dissuasif de l'amende avec sursis prononcée.

Le contraste est net avec l'appréciation portée par la même Cour européenne (10) sur le défunt article 2 de la loi du 2 juillet 1931 dans

2. Voir, par exemple, Cass. Crim. 22 juin 1999, *Bull. Crim.* 1999, n° 146.  
3. Cass. Crim. 9 juil. 1926, *Dalloz Hebdomadaire* 1926. 534.  
4. Voir, par exemple, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 1992, *Bull.* 1992, II, n° 61, rendu relativement à une publication d'actes du dossier d'instruction de l'affaire Grégory, la poursuite ayant été engagée en référé.  
5. Cass. Crim. 22 juin 1999, *Bull. Crim.* 1999,

n° 146.  
6. Touranseau et July c/ France, 24 nov. 2005, req. n° 53886/00.  
7. Voir Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 2011, *Bull.* 2011, I, n° 76, *Légipresse*, n° 285, commentaire N. Verly; 7 juil. 2011 (n° 10-17910).  
8. L'arrêt Pinto Coelho c/ Portugal du 28 juin 2011 (requête n° 28439/08) se livre certes, relativement à un texte national très similaire à l'article 38, à une analyse qui aboutit, au cas d'espèce, à un

constat de violation, mais ledit constat est soigneusement nourri d'une analyse de la nécessité, dans l'affaire considérée, de faire ou non prévaloir l'interdiction de publication sur la liberté d'expression, et ne remet pas en cause le principe et l'utilité de ladite interdiction de publication.  
9. Touranseau et July c/ France, précité.  
10. Du Roy et Malaurie c/ France, 3 oct. 2000, req. N° 34000/96.

une décision stigmatisant, sans avoir recours à aucune considération tirée des éléments de l'espèce, le caractère général et absolu de l'interdiction de publication de toute information sur les constitutions de partie civile. Pour autant, il faut cependant admettre que la Cour n'exclut pas par principe que la mise en œuvre de l'article 38 puisse caractériser une violation de la convention, dès lors qu'elle ne serait pas proportionnée aux buts poursuivis.

Très logiquement, la question de la conventionnalité continue donc de se poser, au cas par cas, devant les juges. C'est ainsi que, dans un jugement du 16 juin 2011 (11), la chambre de la presse du tribunal de Paris se livre à l'exercice strasbourgeois de proportionnalité pour estimer que l'interdiction de publication des actes de procédure ne doit pas restreindre la capacité des journalistes à informer sur les affaires pénales non encore jugées et en déduire que « *l'insertion de courtes citations d'actes de procédure intégrées au sein d'un article ne saurait relever de l'infraction prévue par l'article 38* » ou, dans un jugement du 2 juillet 2012 (12), concernant les laboratoires Servier, pour justifier au contraire une condamnation par le fait que la publication de très larges extraits d'un procès-verbal d'audition participait, au cas d'espèce, d'une présentation partielle susceptible de nuire à la défense de la personne poursuivie. C'est encore en insistant sur la sélection à laquelle a procédé un journal des dépositions qu'il lui est reproché d'avoir reproduites, choix qui revient à privilégier une vision partielle, voire partielle, d'une affaire judiciaire, de sorte qu'une de ses protagonistes a été présentée « *comme une femme manipulée et affaiblie* », qu'un juge des référés, le 2 mars 2010 (13), justifie sa décision de condamnation. S'inscrivant dans cette logique conventionnelle de proportionnalité, le juge national n'envisage donc plus une application mécanique du texte, mais en redéfinit ou en précise les contours, en

appréciant au cas par cas les éléments de fait qui doivent le conduire à estimer ou non que la condamnation est nécessaire dans une société démocratique.

3. C'est dans ce contexte que les juges se sont encore récemment posé la question de savoir si ce texte était compatible avec le régime favorable reconnu au journaliste en matière de recel de violation du secret de l'instruction, régime dont on connaît l'économie : le journaliste, appelé à justifier de sa bonne foi dans le cadre d'une poursuite en diffamation, peut produire à cette fin des pièces extraites d'une procédure pénale et couvertes par le secret, sans encourir de condamnation de ce chef (14) ; il peut même librement détenir de telles pièces, obtenues dans le cadre d'une enquête, ayant déjà abouti, ou non, à une publication, et avant toute éventuelle production en justice, dès lors que celle-ci étant admise, celle-là, qui la rend seule possible, ne saurait être prohibée, puisqu'on ne peut produire que des pièces que l'on détient (15) ; l'importance de cette décision de première instance, certes définitive, doit cependant être relativisée : il faut rappeler que, peu de jours avant, la Cour de cassation (16) avait jugé régulières des perquisitions effectuées au domicile de journalistes dans le cadre d'une enquête pour violation du secret et recel ouverte après la publication de passages de procès-verbaux d'instruction, au motif notamment que le déroulement de cette instruction était compromis par la violation du secret.

Pour le juge des référés de Paris, dans la décision déjà citée du 2 mars 2010, l'application de l'article 38 n'est pas incompatible avec ce régime, car détenir des pièces et les publier sont deux choses différentes.

La Cour de cassation s'est déjà posé la question des relations entre l'infraction de presse et le délit de droit commun (17) pour approuver les juges saisis d'une poursuite pour un

11. TC Paris, 17<sup>e</sup> ch., Grandorly c/ Amaury et Payet, inédit.

12. TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch., Presse-civile, RG n° 12/03639, inédit.

13. TGI Paris, Ord. Référé, 2 mars 2010, RG

n° 10/51842, inédit.

14. Cass. Crim. 11 juin 2002, *Bull. Crim.* 2002, n° 132.

15. TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch. correctionnelle, 14 nov. 2006, *Légipresse*, n° 238, commentaire B. Ader.

16. Cass. Crim. 30 oct. 2006, *Bull. Crim.* 2006, n° 258.

17. Cass. Crim. 12 juin 2007, *Bull. Crim.* 2007, n° 157.

recl de violation du secret matérialisé par la présentation à l'écran par le journaliste de pièces d'une procédure d'instruction, de n'avoir pas considéré, comme les y invitait la défense, que seule une poursuite sur le fondement de l'article 38 aurait été possible. Pour la Cour de cassation, pour user de la terminologie courante en matière de presse, ces deux infractions ne sont pas incompatibles entre elles. Même, la publication permet de façon commode, sans qu'il soit besoin de procéder à quelque perquisition que ce soit, de prouver la détention.

La cause semble entendue : l'article 38 prohibe la publication. Le recl de violation du secret de l'instruction, ou ce qui pourrait bien en rester lorsqu'il est reproché à un journaliste, c'est-à-dire pas grand-chose, ne concerne que la détention matérielle. Si celle-ci rend possible celle-là, de sorte que les deux infractions ont souvent partie liée, puisque la publication dévoile et prouve le recl, les valeurs protégées sont différentes.

C'est, pourrait-on dire, une certaine conception du rôle du journaliste qui se dessine. Sa légitimité à informer sur les affaires pénales encore couvertes par le secret n'est évidemment plus en cause. Pour ce faire, il pourrait bien obtenir et détenir de façon licite des pièces obtenues à la suite d'une violation du secret. Il peut ensuite, et là l'indicatif s'impose, les produire en justice pour sa défense s'il est poursuivi à raison des informations qu'il a publiées. Mais l'article 38 de la loi sur la liberté de la presse, tel qu'interprété dans l'esprit de la jurisprudence européenne, devrait le conduire à la plus grande prudence s'il s'agit non plus d'exploiter dans ses articles les informations recueillies dans les pièces de procédure mais de les livrer brutes au lecteur. L'autorité qui s'attache à ces pièces de procédures, surtout reproduites *in extenso*, et en *fac-similé*, doit alors être particulièrement prise en compte. Sans considérer le lecteur comme un mineur qui ne pourrait pas avoir un accès direct au matériau brut que le journaliste serait seul à même d'exploiter, il convient de prendre

en compte le risque que la publication d'une ou plusieurs pièces de procédure, surtout si elles sont sélectionnées sans prudence, ne permette pas de rendre compte de la complexité et des contradictions internes de l'ensemble d'un dossier.

Cet équilibre fragile ne prend pas en compte une autre question importante : quelle est la légitimité de poursuites sur le fondement de l'article 38 de la loi sur la liberté de la presse, lorsque la publication litigieuse participe de la commission, par exemple, d'une diffamation ? Peut-on admettre que le journaliste poursuivi pour ladite diffamation et qui obtiendrait une relaxe au bénéfice de la bonne foi se voie, pour ainsi dire, « rattrapé » par une condamnation pour l'infraction formelle de publication ? Dans une approche technique classique du droit de la presse, on raisonnerait sur la compatibilité entre elles de ces deux infractions, qui serait à n'en pas douter affirmée, tant les valeurs protégées sont différentes. Sous l'angle conventionnel, la question pourrait bien être finalement artificielle : plus la publication de l'information sera jugée légitime et plus la pièce de procédure touchera au cœur de cette information, plus la publication de cette pièce s'imposera, de sorte qu'une condamnation au visa de l'article 38 serait alors dénuée de toute nécessité. Si, au contraire, l'information litigieuse est bien diffamatoire, ou si la pièce publiée n'apporte rien au débat, alors l'appréciation sera différente et sa publication pourrait être jugée légitimement fautive.

De sorte que, si le sens de l'article 38 de la loi sur la liberté de la presse est que le journaliste ne doit pas s'abriter derrière le matériau brut des actes de procédure couverts par le secret, qui lui sont livrés de façon souvent univoque et intéressée par telle ou telle partie, et renoncer ainsi à procéder à une enquête sérieuse et à en rendre compte avec une prudence de ton à la mesure des éléments recueillis, alors ce texte reste utile.

**N. B.**