

Lille 2 – Ecole doctorale n° 74
Mémoire soutenu par
Vincent Thiéry

Sous la direction
Françoise Dekeuwer-Défossez

Comportement du débiteur et procédure de surendettement

La présomption d'innocence

I) L'ambivalence de la présomption d'innocence et les acteurs du procès pénal

A) Un procès nécessaire

- 1) La charge de l'accusation
 - a) Le principe
 - b) Les atténuations et présomptions de culpabilité
- 2) La pertinence de l'accusation
 - a) L'indépendance du juge
 - b) L'impartialité du juge

B) Une innocence antérieure ?

- 1) Une gradation des mesures coercitives durant la procédure
 - a) Les différentes mesures coercitives
 - b) La persistance de la coercition dans un Etat de droit
- 2) Une gradation des garanties durant la procédure
 - a) Un étranglement progressif des paliers d'innocence
 - b) Une amélioration progressive des droits de la défense

II) La protection de la présomption d'innocence et les spectateurs du procès pénal

A) L'interdiction de présenter comme coupable une personne avant condamnation

- 1) La répression des atteintes à la présomption d'innocence

- a) La diffamation
- b) Les mesures pécuniaires
- 2) La prévention des atteintes à la présomption d'innocence
 - a) Les mesures de contre-information
 - b) Le contrôle préalable de l'information

B) Le droit d'informer des affaires judiciaires

- 1) Le droit de relater les procédures judiciaires
 - a) Les principes
 - b) Les solutions pratiques
- 2) Le droit de traiter les affaires judiciaires ?
 - a) Les principes
 - b) Les solutions pratiques

La justice idéale, justice divine, permettrait de punir sur le champ les coupables tout en épargnant les innocents. Cet idéal n'est qu'un idéal. La dure réalité, vécue au quotidien par les policiers et magistrats et par certains mis en cause, en témoigne. Notre justice est humaine, trop humaine car elle demande lenteur, patience et réflexion. La justice véritable est l'ennemie de la précipitation. Deux raisons nous en convainquent . Non seulement il faut se prévenir de punir un innocent mais tout jugement hâtif commandé par la vengeance, se risque à l'injustice. Entre la constatation de l'infraction et le jugement du délinquant, un délai impératif et incompressible s'impose. Cette retenue nécessaire au bon fonctionnement de la justice est assurée en droit positif. Le procès, aboutissement de la procédure, concentre et monopolise inextricablement la peine et la déclaration de culpabilité. Il est la clé de voûte du système tout entier, à la jonction du droit pénal et de la procédure pénale. Corollaire inéluctable, les suspects sont, antérieurement au procès, préservés.

Cette économie de la répression est issue de la Révolution de 1789. A cette époque, est remise en cause la procédure pénale organisée par l'ordonnance sur l'instruction criminelle de 1670. Des hommes d'influence dénoncent l'irrationalité et la démesure de la pénalité¹. Les intellectuels, notamment les rédacteurs de l'encyclopédie s'indignent de la procédure secrète, de l'utilisation de la torture comme moyen d'instruction ou de l'inhumanité des supplices². Non seulement on réclame un adoucissement de la pénalité, mais aussi, une rationalisation dans la manière de punir. Cette rationalité doit avoir pour pierre de touche la sentence du juge. Celle-ci opère une véritable dichotomie entre la période antérieure où la protection publique doit être accordée et la période postérieure, qui seule peut recouvrir une peine. Dans le très fameux « Des délits et des peines », Beccaria affirme : « Un homme ne peut être considéré comme coupable avant la sentence du juge ; et la société ne peut lui retirer la protection publique, qu'après qu'il est convaincu d'avoir violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée. Le droit de la force peut donc seul autoriser un juge à infliger une peine à un citoyen (...). Voici une proposition bien simple : ou le délit est certain ou le délit est incertain : s'il est certain, il ne doit être puni que de la peine fixée par la loi, et la torture est inutile (...). Si le délit est incertain, n'est-il pas affreux de tourmenter un innocent ? Car,

¹ Citons quelques noms retenus par Michel Foucault dans *surveiller et punir* : J. Petion de Villeneuve (Discours à la Constituante, archives parlementaires, t. XXVI, p. 641), A. Boucher d'Argis (Observations sur les lois criminelles, 1781, p. 125) ou Lachèze (Discours à la Constituante, 3 juin 1791, Archives parlementaires, t.XXVI).

² Voir par exemple, l'article consacré à la « Question » dans l'encyclopédie 1766 (chevalier de Jaucourt) dans « recueil de textes et documents du XVIIIème siècle à nos jours », Ministère de l'éducation nationale de la jeunesse et des sports, centre national de documentation pédagogique, 1989.

devant les lois, celui là est innocent dont le délit n'est pas prouvé »³. Cette suggestion de Beccaria contient en germe les principes de notre droit pénal contemporain. Elle fonde la déclaration de culpabilité sur la certitude de la culpabilité. C'est en ce sens que la procédure pénale, lors de l'enquête et l'instruction a pour charge de « faire toute la lumière ». Sans doute, le rapprochement avec cette phrase bien connue n'est-il pas...innocent : « Le premier précepte était de ne jamais recevoir aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle ; c'est à dire d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention, et de ne comprendre rien de plus en mes jugements que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute »⁴. Comme la vérité métaphysique, la vérité judiciaire (la culpabilité) ne se laisse gagner qu'après une période de doute (la procédure), ou tout jugement est proscrit. Durant cette période, ce qui est douteux doit être considéré comme faux. Cette méthode conduit logiquement à faire du jugement, et partant de la peine, l'apanage exclusif du procès et à faire bénéficier les suspects de la présomption d'innocence. Tant que la culpabilité n'est pas certaine, l'innocence doit, au bénéfice du doute, profiter au suspect.

Ce principe cardinal de notre droit pénal a été consacré en 1789 par l'article 9 de la DDHC : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ». Depuis la loi n°2000-516 du 15 juin 2000, le Code de procédure pénale prévoit que « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à la présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi ». Ce principe est très respectable et très respecté. Qui aujourd'hui, dans un Etat de droit oserait le remettre en cause ? Il a même été rappelé dans deux textes éminemment symboliques (la convention .E.D.H. à son article 6§2 et le Code civil à son article 9-1) et les juridictions administratives en font application⁵.

Mais les termes de « présomption d'innocence » sont empreints d'équivoque car la présomption d'innocence n'est pas l'innocence. Artificialité et précarité la définissent.

La présomption d'innocence est une innocence artificielle. En effet, on ne peut pas confondre l'innocence avec la présomption d'innocence car dans le premier cas l'innocence se suffit à elle-même alors que dans le second cas l'innocence nécessite le recours à une présomption. Or qu'est ce qu'une présomption si ce n'est un artifice juridique ? D'ailleurs, l'artificiel,

³ Beccaria, Des délits et des peines, 1764, §XII, De la question ou torture.

⁴ Descartes, Discours de la Méthode, 1637, seconde partie.

⁵ Les juridictions administratives appliquent les garanties du procès pénal à toutes les mesures de caractère répressif et en particuliers aux sanctions administratives. Th. S. Renoux et M. de Villiers : Code constitutionnel, Litec 1994, p. 77-87.

l'artefact n'a-t-il pas pour fonction de produire une représentation illusoire de la réalité ? Dire de quelqu'un qu'il est présumé innocent n'est-ce pas insinuer qu'il est coupable ? Cette remarque commande des explications. A certains égards, la présomption d'innocence peut paraître absurde : une présomption ne recoupe-t-elle pas le vraisemblable ? Si une présomption est un « mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé »⁶ n'est-il pas paradoxal de fonder la présomption d'innocence sur une présomption de culpabilité ? En effet n'est-il pas incohérent de dire d'une personne qu'elle est présumée innocente parce qu'elle est mise en cause par la police et la justice ? Il serait plus cohérent qu'une personne réellement mise en cause soit juridiquement présumée coupable. Ainsi, les termes même de « présomption d'innocence » traduisent déjà une certaine forme de culpabilité. Cette ambivalence se manifeste parfaitement au sacro-saint article 9 de la DDHC. Cette article énonce que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable... ». Pourquoi reconnaître qu'un homme est artificiellement innocent alors qu'il l'est nécessairement avant son jugement ? N'est-ce pas reconnaître qu'il est déjà réellement coupable et que son innocence n'est que l'aboutissement d'un artifice juridique ?

Mais la présomption d'innocence n'est pas seulement une innocence artificielle, elle est aussi une innocence précaire parce que nécessairement réfragable. A plus ou moins long terme, l'artifice à vocation à s'effacer. Or, on n'est (verbe être, indicatif présent) jamais présumé innocent, toujours présumé (verbe présumer, forme passive) innocent, toujours coupable ou innocent.

A bien des égards le langage nous trahit car le droit positif peine à instaurer une répression fondée exclusivement sur le procès. Comme tous les principes, la présomption d'innocence se heurte à des difficultés. Difficultés théoriques mais aussi pratiques.

En effet s'il est injuste de punir un innocent, n'est-il pas injuste d'épargner le temps de la procédure le coupable ? Cette remarque nous conduit à apprécier le coût de la présomption d'innocence. Quel est le prix de cette certitude judiciaire permettant de bannir, dans la mesure du possible, les erreurs, c'est à dire les condamnations d'innocents. Par ce qu'il y a toujours derrière un coupable désigné un innocent potentiel, la présomption d'innocence conduit bien souvent à nier l'évidence. Un suspect surpris en flagrant délit est, à la vue des statistiques un coupable assuré. Dans notre droit et jusqu'à jugement, il est présumé innocent. Il y a sans doute contradiction entre les chiffres et le principe. Pour les humanistes rien, même la

⁶ Lexique de termes juridiques Dalloz.

préservation de dangereux délinquants ne justifie la condamnation d'un innocent ? Pourtant la justice ne commanderait-elle pas de punir à moitié un demi coupable ?

Ce problème moral corrobore un problème pratique. Les acteurs du procès pénal et principalement ceux qui concourent à la procédure, notamment les policiers et le juge d'instruction ne sont-ils pas contraints de recourir à une certaine forme de violence pour « produire » la vérité ?

Ces difficultés sont épineuses. Elles le sont d'autant plus que la répression apparaît pour la société civile, simple spectatrice au procès pénal, comme une nécessité impérieuse. Plus que jamais, le droit pénal fait figure de régulateur social. Dix mille textes édictant des sanctions pénales et touchant tous les secteurs seraient actuellement en vigueur⁷. Michel Foucault explicite cette imbrication, apparue au 18^{ème}, du droit pénal dans notre vie sociale : « faire de la punition et de la répression des illégalismes une fonction régulière coextensive à la société ; non pas moins punir mais punir mieux ; punir avec une sévérité atténuée peut être, mais pour punir avec plus d'universalité et de nécessité, insérer le pouvoir de punir plus profondément dans le corps social »⁸. Or cette forme de régulation sociale se conjugue bien plus avec l'administration que la juridiction.

Mais le problème est aussi politique car dans une démocratie, la justice a des comptes à rendre. L'intensification des contrôles exercés par la société civile répond à une certaine conception de la démocratie et Alain cherchant à la définir se résigne à admettre que « ce qui importe, ce n'est pas l'origine des pouvoirs, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants »⁹. Sans doute la publicité des audiences et la mise à jour sur la place publique de certaines affaires sensibles notamment politiques et financières en est-elle un symptôme. Elle a conduit à un certain contrôle social sur la procédure et le procès et a amené une amélioration du sort des présumés innocents. Mais il faut se résigner à faire des spectateurs du procès, c'est à dire de la société civile, un allié pour le présumé innocent car plus que jamais intéressée par la justice pénale, la société civile est-elle prête à payer le prix de la présomption d'innocence ? Peut-elle accepter qu'un dangereux criminel, violeur d'enfant, soit présumé innocent durant la procédure ? Si Michel Foucault remarque la solidarité qui s'instaure avec ceux qui subissaient la peine, il arrive aussi que le peuple apporte son concours au Roi et « bien des fois on dut « protéger » contre la foule les criminels qu'on faisait lentement défiler au milieu d'elle »¹⁰.

⁷ Selon Alain Tourret. Ass. Nat. 1^{re} séance du 9 février 2000, JO du 10 février 2000, p.881.

⁸ Michel Foucault, *Surveiller et punir*, édition Gallimard 1999, p. 97-98.

⁹ Alain, *Propos sur les pouvoirs*, folio essai Gallimard 1995, n°79, p. 213.

¹⁰ Michel Foucault, précité, p. 71.

En réalité la justice de l'Etat et celle plus informelle et diffuse de la société civile se contredisent radicalement. L'une est basée sur la réflexion et la mesure, l'autre sur le sentiment et la compassion. D'une certaine manière, (en vertu du principe de précaution ?) la société civile, fidèle à l'opinion (ne parle-t-on pas d'opinion publique ?) réfute la certitude comme fondement de la culpabilité et de manière beaucoup plus pragmatique condamne sur des probabilités. Ainsi s'explique la discordance entre le temps judiciaire et le temps médiatique et les relations difficiles entre le présumé innocent et la société civile principalement lorsqu'une information judiciaire est ouverte¹¹.

Indubitablement les difficultés occasionnées par la présomption d'innocence sont concentrées autour de cette ambiguïté, de ce « dysfonctionnement congénital ». N'est-il pas profondément injuste de condamner un innocent qui a les apparences contre lui ? Mais n'est-il pas absurde et injuste de considérer un individu qui a toutes les chances d'être auteur de l'infraction reprochée comme présumé innocent ? Parce que tout droit, fût-il de l'homme ou de la personnalité s'exerce au dépens d'autrui, « le droit (étant) rapport entre des hommes, multilatéral »¹², le droit à la présomption d'innocence, droit de l'homme s'exerçant à l'encontre des autorités publiques, mais aussi droit de la personnalité s'exerçant à l'encontre de la société civile, n'est-il pas un privilège exorbitant ?

La réponse apportée par le droit positif est sans doute positive car le fonctionnement quotidien de la justice et de la procédure pénale comme moyen de « production » de la vérité judiciaire, rend difficilement applicable le principe de la présomption d'innocence par les acteurs du procès pénal (I). Ces difficultés d'application rejaillissent sur les relations entre le présumé innocent et la société civile et rendent difficiles une protection efficace de la présomption d'innocence devant les spectateurs du procès pénal (II).

¹¹ Pour cette raison, la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, tend à réduire la durée des instructions ;

¹² Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, « Questions », 2^{ème} éd. 1990, p. 153-154.

I) L'ambivalence de la présomption d'innocence et les acteurs du procès pénal

La force de la présomption d'innocence peut s'apprécier à deux égards. En premier lieu, comment la présomption d'innocence peut-elle être renversée et donc comment la culpabilité peut-elle se manifester ? En droit positif, la garantie est certaine car la culpabilité ne peut ressortir que d'une décision juridictionnelle qui fait nécessairement suite à un procès (A)¹³. En second lieu et au delà des fictions juridiques, quel est concrètement son impact ? La difficulté provient de ce que cette garantie est contrariée par les nécessités de la procédure qui imposent afin « de faire toute la lumière » et d'éviter un erreur judiciaire, des mesures coercitives « aveugles » touchant coupables et innocents. Ainsi s'explique, dans un Etat de droit, l'intensification des contrôles judiciaires sur la procédure. Ambivalence regrettable : ces contrôles destinés à préserver la présomption d'innocence discréditent le procès comme pierre angulaire du système répressif, accèdent les mesures coercitives et font douter de l'innocence du présumé innocent (B).

A) Un procès nécessaire

C'est par le procès que la présomption d'innocence peut être renversée¹⁴. Cette règle est satisfaisante quand on pense à l'ensemble des garanties qui entourent le procès pénal. Pour

¹³ Selon le Conseil constitutionnel, l'article 66 de la Constitution, garantit, non pas l'existence d'un procès, mais requiert la décision d'une autorité de jugement pour des mesures qui constituent des sanctions pénales. Déc. n°95-360 DC, 2 février 1995 : JO 7 février 1995, p. 2097.

¹⁴ Cette affirmation doit être nuancée car certaines contraventions peuvent être sanctionnées sans saisine de la juridiction de jugement (dispositions des art. 529 et suivants du Code de procédure pénale relatifs aux dispositions applicables à certaines contraventions, à certaines infractions à la police des services publics de transports terrestres et à certaines infractions au Code de la route). Toutefois le contrevenant peut provoquer la saisine de la juridiction de jugement sauf si le procureur de la République déclare l'irrecevabilité de sa réclamation conformément à l'article 530-1 alinéa 1^{er} *in fine* C.P.P. Par ailleurs le droit positif admet de plus en plus fréquemment les accords entre l'Etat (ministère public ou administration) et les particuliers afin d'éviter la saisine de toute juridiction. Ces accords sont problématiques car ils débouchent non pas sur une condamnation pénale mais sur « un engagement plus ou moins consenti » afin d'éviter la comparution devant une juridiction. Ainsi, l'article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale prévoit que l'action publique peut s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément. Il en est ainsi dans des cas où l'exercice de l'action publique appartient à une administration (par exemple art. 1879 CGI, art. L. 248 liv. proc. fisc. ou art. 350 du Code des douanes). La loi du 23 juin 1999 a, quant à elle, instauré la pratique de la composition pénale qui peut intervenir entre le procureur de la République et la personne qui reconnaît avoir commis une ou plusieurs infractions spécialement désignées par les art. 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale. En échange d'une extinction de l'action publique, l'intéressé doit exécuter des mesures dictées par le magistrat tels qu'une amende ou un travail non rémunéré au profit d'une collectivité. Cette innovation pose le problème de la renonciation à la présomption d'innocence car l'intéressé, même s'il n'est pas déclaré coupable, reconnaît avoir commis une ou plusieurs infractions. En principe la renonciation à la présomption d'innocence est impossible car le juge apprécie, en son intime conviction, la valeur des preuves qui lui sont soumises même l'aveu. Relativement à l'injonction pénale, le Conseil constitutionnel en 1995, avait considéré que « la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelles...que certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale constituent des... sanctions pénales ». Il a alors estimé « que le prononcé et l'exécution de telles mesures même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne (pouvaient), s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais (requéraient) la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles » (Déc. n°95-360 DC, 2 fév. 1995 : JO 7 fév. 1995, p. 2097 ; RFD const. 1995, p. 405, note Renoux). Pour cette raison, la composition pénale issue de la loi du 23 juin 1999 exige l'intervention du président du tribunal qui est saisi aux fins de validation de la composition. Au regard de l'article 6§1 de la convention E.D.H., cette pratique est douteuse car le droit à un tribunal impartial ne peut faire l'objet de renonciation car « un tel droit offre une importance capitale et son exercice ne peut dépendre des seuls intéressés » (Cour. E.D.H. 25 février 1992, Pfeifer et Planck, série A, n°227,§38). De plus, toute renonciation à un droit doit être libre, c'est à dire non motivée par la contrainte (toutefois la

répondre à sa définition¹⁵, le procès appelle l'intervention de trois acteurs : le demandeur, le défendeur et, bien sûr, le juge. Au pénal (comme au civil) il revient au demandeur, le ministère public, de soutenir ses allégations, notamment la culpabilité du mis en cause, par les moyens de droit et de fait propres à les fonder. On dit que pèse sur l'accusation la charge de la preuve. Cette règle, qui est une manifestation de la présomption d'innocence a pour corollaire la nécessaire objectivité de celui qui tranche le litige. Le magistrat corrompu qui préjuge de la culpabilité du mis en cause, déjà acquis à la thèse de l'accusation, bafoue le principe de la charge de la preuve. Ainsi se dessinent deux garanties liées intimement l'une à l'autre assurant le respect de la présomption d'innocence lors de la phase de jugement : la charge de l'accusation repose sur le ministère public tandis que la pertinence de l'accusation est appréciée par une juridiction pleinement objective et désintéressée.

1) La charge de l'accusation

Parce que tout un chacun est présumé innocent, il revient au ministère public qui représente l'accusation et qui est partie principale au procès pénal, d'établir la culpabilité du prévenu ou de l'accusé¹⁶. Si les éléments de droit ou de fait s'avèrent insuffisants pour étayer l'accusation, le demandeur sera débouté, le doute profitant à l'accusé. Cette règle d'or de la procédure pénale doit éviter qu'une personne traduite devant un tribunal ait à prouver son innocence. Elle n'est pourtant pas sans inconvénient. En effet, n'est-il pas injuste voire absurde, de relaxer un individu qui est très probablement coupable de l'infraction par simple manque de preuve ? Cette interrogation est à apprécier à la lumière des nécessités souvent impérieuses de la répression et en considération des difficultés rencontrées par les enquêteurs dans la recherche des preuves. A la réflexion, la justice commande légitimement, dans certaines situations, des aménagements voire des dérogations au principe lorsque la culpabilité des mis en cause n'est pas sérieusement contestable.

menace d'exercer les voies de droit n'est pas une violence eu sens de l'article 1111 C.c. ; voir aussi Cour E.D.H., Deweer c/Belgique : Série A, n°35.) Peut être doit-on s'interroger sur l'effectivité de la renonciation. Certes le président intervient mais seulement aux fins de validation.

¹⁵ Selon le lexique de termes juridiques Dalloz, le procès se définit comme la difficulté de fait ou de droit soumise à l'examen d'un juge ou d'un arbitre.

¹⁶ Il peut aussi saisir un juge d'instruction par un réquisitoire introductif. Selon M. Albertini seulement 7% des affaires sont soumises à l'instruction. Ass. Nat., 1^{re} séance du 9 février 2000, J.O. 10 février 2000, p. 886.

a) Le principe

Puisque le ministère public doit faire la preuve de l'infraction, il doit établir l'existence des trois éléments qui la constituent : l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral.

Concernant l'élément légal, le ministère public doit viser le texte légal ou réglementaire sur lequel il fonde sa poursuite ainsi que la non-disparition de cet élément par l'effet de l'amnistie¹⁷, de l'abrogation ou de la prescription de l'action publique¹⁸.

Concernant l'élément matériel, il doit prouver selon l'infraction, l'action, l'omission ou les circonstances accessoires ou matérielles aggravantes de l'infraction.

Enfin, concernant l'élément moral, il doit prouver selon l'infraction, l'intention délictueuse, la faute d'imprudence ou de négligence aussi bien de l'auteur principal que du complice.

Cette charge de la preuve est allégée par un principe qui gouverne la théorie de la preuve en droit pénal : la liberté de la preuve. Ainsi, alors qu'en droit civil, la loi détermine les modes de preuves admissibles et leur valeur probante, en droit pénal, tous les modes de preuve sont admis pourvu qu'ils aient été loyalement recherchés et contradictoirement discutés. La loyauté dans la recherche des preuves intéresse surtout la période qui précède le procès, l'enquête et l'instruction. Il est cependant important de préciser que l'accusation ne pourra pas, en principe, convaincre un juge par des preuves obtenues par des procédés déloyaux. Si aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, il lui appartient seulement en application de l'article 427 C.P.P d'en apprécier la valeur probante. De plus, possibilité est donnée au juge de constater une irrégularité et d'annuler des actes de procédure notamment en vertu de l'article 802 C.P.P puisque toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité peut prononcer une nullité lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Ces règles sont fondamentales et tendent à garantir le bon déroulement de la procédure.

Cette charge de la preuve est une garantie évidente pour le prévenu ou l'accusé. Traduit devant un tribunal, il n'a pas à prouver son innocence. Pourtant cette garantie peut, dans certains cas, enrayer artificiellement la répression lorsque la preuve de celle-ci est diabolique

¹⁷ Crim. 9 juillet 1921, Bull. n° 293.

¹⁸ Crim. 16 déc. 1964, J.C.P. 1965. II. 14086.

et lorsque l'infraction n'est vraisemblablement pas douteuse. Ainsi, au principe, s'imposaient des correctifs.

b) Les atténuations et les « les présomptions de culpabilité »

L'expression de « présomption de culpabilité » est volontairement provocante car elle montre en quoi le principe de la présomption d'innocence, compris comme charge de la preuve, n'est pas absolu. Ces présomptions mettent à la charge de la partie poursuivie la preuve de son innocence.

Quelquefois la tâche du ministère public est simplement facilitée et l'on ne peut pas parler de présomption de culpabilité.

Concernant l'élément légal, il revient à la personne poursuivie d'invoquer le fait et le texte justificatif (comme par exemple la légitime défense¹⁹, sauf si elle légalement présumée). La solution est identique quand le prévenu ou l'accusé soulève l'immunité familiale de l'article 311-12 du N.C.P.²⁰.

Concernant l'élément matériel, si pour sa décharge, le prévenu ou l'accusé allègue un fait de nature à faire disparaître la matérialité de l'infraction, c'est à lui de rapporter la preuve de ce fait²¹. Il est important de noter que dans certaines hypothèses un procès verbal qui constate une contravention fait présumer l'existence de cette infraction et oblige le contrevenant à rapporter la preuve contraire soit par écrit soit par témoins (art.431 et 537 C.P.P). Parfois, la loi confère même une force probante aux procès-verbaux jusqu'à inscription de faux²².

Enfin concernant l'élément moral, forcément problématique puisque de nature psychologique, la preuve est quelquefois inutile puisque le ministère public n'a qu'à établir la matérialité de l'infraction : on parle alors d'infraction matérielle. Dans d'autres cas la preuve est facilitée puisque la simple imprudence ou négligence est suffisante. Dans ces cas, l'assouplissement ne vient pas de la preuve mais de l'infraction elle même. Mais il appartient au prévenu ou à l'accusé de faire la preuve de la contrainte et sinon de prouver, du moins d'invoquer la démence²³.

Ainsi, et en dépit de la formule jurisprudentielle selon laquelle « la partie poursuivante doit établir tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments

¹⁹ Crim. 22 mai 1959, Bull. crim n°268.

²⁰ Crim. 21 mars 1984, Bull. crim n°124.

²¹ Crim. 5 nov. 1976, Bull. crim. n°314.

²² Notamment art. 336 du Code des douanes ou L.237-4 du Code rural.

susceptibles de la faire disparaître »²⁴, les juridictions laissent subsister à la charge de la personne poursuivie la preuve de la quasi totalité des institutions qui lui permettent d'améliorer son sort.

De même et bien souvent la charge de la preuve est allégée par des présomptions de fait utilisées par les magistrats. Les présomptions permettent de contourner les difficultés, voire les impossibilités de preuve et donc principalement l'élément moral²⁵. Par exemple, l'intention de tuer est induite des indices recueillis : l'arme utilisée, la direction et précision du tir, le nombre de coups portés²⁶. Pour la Cour de cassation, ces présomptions de fait sont compatibles avec la convention européenne des droits de l'homme²⁷.

Quelquefois c'est le législateur lui même, qui instaure de véritables présomptions de culpabilité puisqu'il appartient à la personne poursuivie de prouver son innocence. Ces présomptions sont disséminées en droit positif. Quelquefois, l'élément moral est présumé. Ainsi l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse considère comme « faite de mauvaise foi toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire ». Plus souvent, c'est l'élément matériel de l'infraction qui fait l'objet de la présomption. Le Code pénal considère comme établi l'élément matériel du proxénétisme dans l'hypothèse où une personne ne peut « justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou en étant en relation avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution »²⁸. Une présomption de recel est édictée à l'encontre des personnes qui, ayant autorité sur les mineurs se livrant habituellement à des crimes ou délits contre les biens, ne peuvent justifier des ressources correspondant à leur train de vie²⁹, ou à l'encontre des personnes qui, en relation avec un ou plusieurs auteurs de trafic de stupéfiants ou encore un ou plusieurs usagers de stupéfiants, ne sont pas en mesure de justifier des ressources correspondant à leur train de vie³⁰. L'article 418 du Code des douanes présume que les marchandises saisies dans le rayon douanier sans titre de circulation valable ont été introduites en France frauduleusement Le Code de la route, quant à lui, prévoit deux présomptions de culpabilité aux articles L.21-1 et L.21-2.

²³ Crim, 9 déc. 1949, Rev. sc. crim., 1951, p. 305.

²⁴ Crim. 24 mars 1949, Bull. n°114.

²⁵ La présomption est en général acquise lorsqu'il existe un lien étroit entre l'élément moral et l'élément matériel. Par exemple pour l'abus de confiance : Crim. 4 juillet 1972, B. crim. n° 228.

²⁶ Crim. 22 mai 1989, Gabanou : Dr. pén. 1989, comm. n°56.

²⁷ Cass. Crim., 26 oct. 1995, Samet : Bull. crim., n°328.

²⁸ Art. 225-6 du NCP.

²⁹ Art. 321-6 du NCP.

³⁰ Art. 222-39-1 du NCP.

Ce dernier article, issu de la loi du 18 juin 1999 relative à la sécurité routière a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de préciser sa position relativement aux présomptions de culpabilité instituées par le législateur. Il ressort de la décision³¹ que ,sous réserve de certaines conditions, ces présomptions sont conformes au bloc de constitutionnalité et ne sont pas réservées aux seules contraventions. La Cour E.D.H. qui reconnaît que tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit, ne les condamne pas si elles sont enserrées « dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » et il revient à la Cour de rechercher si le texte portant la présomption « a été appliqué de manière compatible avec la présomption d'innocence »³². Quant à la Cour de cassation, elle a jugé que la Convention européenne des droits de l'homme n'interdit pas de telles présomptions dès lors que ces dernières « réservent la possibilité d'une preuve contraire et laissent entiers les droits de la défense »³³ ou que « les présomptions ne portent pas atteinte aux droits de la défense, ni au principe de la présomption d'innocence »³⁴.

Ainsi, le législateur et les juridictions tentent-ils de concilier le principe de la présomption d'innocence avec les exigences et les difficultés de la répression. Il résulte de nos développements que le principe de la présomption d'innocence, entendu comme charge de la preuve pesant sur le ministère public, n'est pas absolu, rencontrant, en pratique de larges inflexions. Mais les exigences de la répression ne doivent pas conduire à la condamnation d'un innocent. En tout état de cause, le juge ne peut devenir une chambre d'enregistrement car il reste celui qui déclare la culpabilité après un débat contradictoire et dans le respect des droits de la défense, les présomptions de culpabilité étant nécessairement réfragables. Dès lors, si la charge de la preuve est quelquefois assouplie ou même renversée, le procès reste en principe le passage obligé vers la culpabilité. Et ce passage obligé ne peut être une garantie pour le justiciable que si le procès est effectivement équitable, impliquant que la juridiction de jugement apparaisse véritablement comme un tiers au litige opposant le ministère public au prévenu ou à l'accusé.

³¹ Déc. N°99-411 DC, 16 juin 1999 : JO 19 juin 1999, p. 9018 relative à la loi n°99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.

³² CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c/ France.

³³ Crim., 6 nov. 1991 : Bull. crim., n°397.

2) La pertinence de l'accusation

L'accusation proférée à l'encontre du mis en cause, par l'accusation, est-elle pertinente ? Il revient au juge qui a été saisi de se prononcer par voie juridictionnelle sur cette question après avoir apprécié la valeur probante des éléments de preuve. Cette intervention judiciaire au stade ultime de la procédure est évidemment une garantie primordiale pour le présumé innocent car les magistrats du siège présentent de sérieuses garanties d'objectivité. Que penser de la présomption d'innocence si le tiers amené à se prononcer sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé est un allié de l'accusation ou déjà convaincu de la culpabilité du mis en cause ? N'y aurait-il pas alors simulacre de procès ? En apparence simple, le problème de l'objectivité du juge dans l'appréhension du litige, est, à certains égards, délicat. Comment concilier l'indépendance des magistrats avec la qualité de fonctionnaire qui appelle en principe une relation hiérarchique au sein de l'administration ? De même, comment accorder un regard neuf et impartial lors du jugement, quand l'administration de la justice commande, au préalable, durant l'enquête et l'instruction, sur les faits, une multitude d'appréciations de la part d'organes de police ou de justice ?

a) L'indépendance du juge

Pour qu'un juge soit indépendant, il est nécessaire qu'il ne soit sous l'influence ni du législateur, ni du gouvernement ni des justiciables. L'indépendance à l'égard du législateur est assurée par l'article 16 de la D.D.H.C. et par l'article 6§1 de la C.E.D.H. qui empêchent ce dernier de « censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre par la même le principe de séparation des pouvoirs »³⁵. L'indépendance à l'égard des justiciables est assurée principalement par l'irresponsabilité des magistrats pour les décisions rendues par eux³⁶. Quant à l'indépendance à l'égard du gouvernement, elle est primordiale, car le ministère public qui est partie au procès pénal est sous l'emprise du gouvernement. Sous peine de consacrer le gouvernement comme juge et partie et de faire du procès et de la présomption d'innocence un véritable simulacre, l'indépendance du juge vis-à-vis du gouvernement doit être préservée.

³⁴ Crim., 26 oct. 1994, pourvoi n°H 94-81.526 D.

³⁵ Décision du Conseil constitutionnel n°87-228 DC du 26 juin 1987. Rec. Cons. Const., p. 38. Récemment, la Cour d'appel de Limoges a, sur le fondement de l'article 6§1 de la C.E.D.H. et en dépit d'une déclaration conforme du texte à la Constitution par le Conseil constitutionnel, estimé qu'une validation législative rétroactive d'un acte réglementaire annulé préalablement par une juridiction administrative, portait atteinte au droit à un procès équitable. Limoges, 13 mars 2000, D. 2000, I.R. p. 127.

³⁶ Art. L.781-1 du COJ et 11-1 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature.

Cette indépendance est garantie, elle aussi, par la Constitution à ses articles 64 et 65 et par l'article 6§1 de la C.E.D.H. Effectivement « pour le juge, la subordination hiérarchique qui caractérise le statut des agents publics, cède le pas à l'indépendance juridictionnelle »³⁷ car l'impartialité, au sens large, est consubstantielle au pouvoir juridictionnel. Cette situation est à l'opposé de celle des membres du ministère public puisque ceux-ci « sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice »³⁸. Ceci n'est pas choquant puisque les membres du ministère public sont parties au procès pénal. Par contre, l'indépendance des juges du siège doit être préservée, ne pouvant se trouver en situation de subordination à l'égard d'une des parties au procès. Les juges devant être à l'abri de toute pression du gouvernement, diverses garanties ont été accordées. Tout d'abord, les magistrats du siège sont inamovibles, « en conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement »³⁹. Le Conseil supérieur de la magistrature constitue l'instance disciplinaire des magistrats de carrière et le président de la République et le ministre de la justice n'assistent pas aux séances relatives à la discipline des magistrats⁴⁰. De même concernant l'avancement des magistrats, une commission d'avancement, qui dresse le tableau d'avancement, a été instituée⁴¹. Quant aux promotions de grade ou nomination à des fonctions spécialisées, elles s'effectuent par décrets du président de la République après avis ou proposition du Conseil supérieur de la magistrature.

La Cour E.D.H. sanctionne sur le fondement de l'article 6§1, la subordination des magistrats au gouvernement. Ainsi « dès lors qu'un tribunal, compte parmi ses membres une personne se trouvant –comme en l'espèce- dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique »⁴². En réalité, pour apprécier l'indépendance des magistrats, la Cour s'assure aussi bien de l'indépendance organique et fonctionnelle qui leur est conférée vis-à-vis de l'exécutif, que des apparences d'indépendance qu'ils donnent aux justiciables⁴³. A la lumière de la jurisprudence des organes de la

³⁷ Dominique Noëlle Commaret, Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, Chr. p. 262.

³⁸ Article 5 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature. Voir aussi articles 36, 37 et 44 du Code de procédure pénale.

³⁹ Article 4 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature.

⁴⁰ Article 18 de la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 relative au Conseil supérieur de la magistrature.

⁴¹ Article 34 et suivants de l'ordonnance du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature.

⁴² Arrêt Sramek c/Autriche, 22 oct. 1984 série A, n°84.

⁴³ Conformément à l'adage anglo-saxon : « Justice must not only be done, it must also be seen to be done ».

convention, il est certain que les garanties d'indépendance accordées au juge pénal dans ses relations avec le gouvernement sont, en France, conformes à la Convention .E.D.H⁴⁴.

b) L'impartialité du juge

« L'impartialité s'analyse uniquement à partir de celui qui agit donc sans référence à un tiers »⁴⁵. La subordination du juge à l'égard d'un tiers n'est donc pas en cause. Ce qui est en cause, c'est l'appréhension partielle ou impartiale du litige par le juge. Là encore, l'impartialité du juge eu égard à la présomption d'innocence est fondamentale. Comment penser qu'un juge qui préjuge de la culpabilité d'un présumé innocent respecte la présomption d'innocence ? Au contraire la présomption d'innocence signifie, afin de rendre effective la garantie, que le juge préjuge de l'innocence du présumé innocent, tout en étant disposé à se laisser convaincre par le ministère public. Cette prescription n'est malheureusement pas toujours respectée, d'où une jurisprudence abondante largement influencée par la Cour E.D.H. Celle-ci distingue deux types d'impartialité⁴⁶ : l'impartialité subjective et l'impartialité objective.

L'impartialité subjective doit permettre de déterminer ce que le juge pensait, en son for intérieur. Comme le note un auteur « Son impartialité sous cet angle doit naturellement se présumer, la preuve contraire demeurant toujours ouverte. Il va néanmoins de soi que, sauf circonstances privilégiées, cette preuve risque de se heurter aux plus grandes difficultés. Pour ne rien dire de ce qu'il peut y avoir de déplaisant dans l'introspection soupçonneuse à laquelle elle contraint »⁴⁷. Un arrêt récent montre les limites et les difficultés d'application d'une telle conception de l'impartialité⁴⁸.

L'impartialité objective s'apprécie indépendamment de la conduite du juge. Comme pour l'indépendance, elle s'apprécie au regard de considérations fonctionnelles et organiques mais aussi psychologiques. Doit dès lors se récuser, tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Ces principes dégagés par la Cour EDH dans diverses espèces⁴⁹ sont venus compléter les textes et jurisprudences nationales. Un arrêt important est venu

⁴⁴ Notamment *Campbell et Fell c/ R-U*, 28 juin 1984 série A, n°46 et *Sramek c/Autriche*, 22 octobre 1984, préc.

⁴⁵ Jean Pradel, la notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, *Rev. science crim.* 1990, p. 692.

⁴⁶ Notamment arrêt *Piersak*, 1^{er} oct. 1982, A, n°53.

⁴⁷ Jacques Normand, *RTDciv.* 1993. p.874.

⁴⁸ *Crim.*, 11 juin 1998. D. 98, IR. p.218.

⁴⁹ Notamment arrêt *Piersack* du 1^{er} oct.1982 et *De Cubber* du 26 oct. 1984.

affirmer clairement, que le fait qu'un juge ait pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité⁵⁰. La réponse fluctue en fonction de la nature des tâches dont le juge a eu à s'acquitter précédemment. En l'espèce la Cour a considéré que la prolongation de la détention ordonnée par le juge sur le fondement de l'art. 762 de la loi pénale danoise, qui le contraint à s'assurer de l'existence de soupçons particulièrement renforcés, mettait en cause l'impartialité de ce même juge qui dès lors ne pouvait siéger au procès.

Certains textes français de procédure pénale française, suppléés par la jurisprudence, assurent l'impartialité du juge. Ainsi la Cour de cassation a admis « qu'il est de principe que les fonctions d'officier du ministère public et celles de juge sont essentiellement distinctes l'une de l'autre et qu'il existe entre elles dans la même affaire une incompatibilité absolue »⁵¹. Certes le Code de procédure pénale ne prévoit qu'une disposition à ce sujet (art.253) mais celle-ci a été étendue par la Cour de cassation qui n'a pas hésité à l'ériger en règle générale⁵². L'exclusion de la juridiction de jugement des magistrats chargés de l'instruction est plus nuancée. En principe, comme le laissent entendre les articles 49 alinéa 2 et 253 du Code de procédure pénale, un magistrat chargé de l'instruction ne peut juger au fond. Mais « cette incompatibilité ne sera sanctionnée qu'à la double condition que l'acte qu'il a commis au cours de l'instruction lui permette de se faire une opinion sur la culpabilité et que sa participation au jugement porte sur le fond de la poursuite »⁵³. Il est intéressant de noter que la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁴ apparaît, à certains égards, plus protectrice que la jurisprudence de la Cour EDH qui s'est assouplie⁵⁵. De même, un magistrat ne peut rendre une décision là où il s'est déjà prononcé par décision juridictionnelle sur ce qui fait actuellement l'objet du débat. Ainsi « ne peut siéger à la Cour d'assises un magistrat qui, en qualité de juge civil, a déjà porté une appréciation sur la culpabilité de l'accusé à raison des mêmes faits »⁵⁶. L'article 137-1 C.P.P. sanctionne à peine de nullité, la participation du juge des libertés et de la détention provisoire au jugement des affaires pénales dont il a connu. Mais rien n'empêche un magistrat de connaître des aspects civils et pénaux d'un litige si le caractère pénal des faits n'a pas été apprécié.

⁵⁰ Arrêt Hauschildt c/Danemark du 24 mai 1989, A, n°154, §41.

⁵¹ Voir, Jean Pradel, La notion de tribunal indépendant et impartial selon la CEDH. Rev. sc. crim 1990, p. 692.

⁵² Crim. 15 mars 1960, Bull. crim., n°148.

⁵³ Conclusions de J.F. Burgelin sous Ass. Plénière, 6 nov. 1998 D. 1999 Jurisp, p.1.

⁵⁴ Crim. 8 avril 1992, D. 93, Somm. p. 204, obs. J. Pradel.

⁵⁵ Notamment arrêt Padovani du 26 fév. 1993.

⁵⁶ Crim., 16 oct. 1991, Bull. n°390.

La force juridique de la présomption d'innocence est indéniable. Sous réserve de règles dérogatoires, le ministère public, pour renverser la présomption doit prouver la culpabilité du prévenu ou de l'accusé et convaincre un juge, indépendant et impartial, du bien-fondé de ses allégations. Pourtant, sous peine de faire de la présomption d'innocence une garantie purement formelle, l'intéressé est-il antérieurement à son procès réellement préservé et effectivement considéré comme un innocent ? La réponse est incertaine.

B) Une innocence antérieure ?

La question peut paraître incongrue. En effet, ne venons nous pas d'y répondre, en affirmant que seul un procès pouvait renverser la présomption d'innocence et faire apparaître la culpabilité ? Pourtant la culpabilité du présumé innocent transparait sous deux aspects. Formellement, peut-on confondre l'innocence avec la présomption d'innocence ? assurément non. L'innocence du présumé innocent est non seulement une innocence artificielle mais aussi une innocence précaire. Elle ne se confond pas avec une innocence qui découle de la nature des choses. Pour cette raison l'innocence du présumé innocent est douteuse. Elle est même plus que cela ; elle est paradoxalement un symptôme de culpabilité. Concrètement, le présumé innocent n'est pas dans la position d'un innocent pur et simple car de graves mesures coercitives peuvent être prises à son encontre. Ces remarques discréditent le procès comme pierre angulaire de la justice pénale. Le principe de la présomption d'innocence tel que nous l'avons envisagé c'est-à-dire où le monopole de la déclaration de culpabilité et de la sanction est concentré autour du procès semble illusoire. En réalité, la dichotomie entre innocence et culpabilité arbitrée lors de la phase de jugement rend imparfaitement compte des subtilités et des avancées de la procédure. A l'Assemblée Nationale, Madame Lazerges affirmait que « le procès pénal commence aujourd'hui dès la garde à vue »⁵⁷ reconnaissant que notre procédure pénale, entre le témoin simple, le suspect, le témoin assisté et le mis en examen, instaurait des paliers et donc une échelle d'innocence. A la rupture apparemment instaurée par le procès, il convient donc de substituer la continuité et la gradation⁵⁸. Cette forme d'éviction du procès n'est pourtant pas d'une injustice flagrante car à la gradation de la coercition répond une gradation des garanties.

⁵⁷ Ass. Nat. 1^{re} séance du 10 février 2000, JO 2000 11 février 2000, p. 878.

⁵⁸ Celles-ci sont même reconnues à l'article préliminaire III alinéa 2 du Code de procédure pénale qui dispose que « Les mesures de contrainte dont cette personne (le présumé innocent) peut faire l'objet...doivent être strictement *limitées* aux nécessités de la procédure, *proportionnées* à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».

1) Une gradation de la coercition durant la procédure

Dans notre procédure pénale, la coercition semble couvrir deux fonctions. En premier lieu, elle apparaît comme un inévitable moyen d'enquête et d'instruction. En effet comment faire surgir la vérité sans violenter les apparences d'honnêteté et de probité de la délinquance ? En second lieu, elle apparaît comme un succédané de peine lorsque la culpabilité semble inévitable. N'est-il pas moralement acceptable de punir à moitié un demi coupable ? Liées l'une à l'autre, ces deux fonctions de la coercition instaurent inexorablement une gradation de la violence pendant la procédure. A cet égard, certains déploreront la parenté de notre système répressif avec l'ordonnance de 1670 sur l'instruction criminelle car sous son empire « la démonstration n'obéissait pas à un système dualiste vrai ou faux mais à un système de gradation continue : un degré atteint dans la démonstration formait déjà un degré de culpabilité et impliquait par conséquent un degré de punition. Le suspect en tant que tel, méritait toujours un certain châtiment ; on ne pouvait être innocemment l'objet d'une suspicion... Quand on était parvenu à un certain degré de présomption, on pouvait donc légitimement mettre en jeu une pratique qui avait un rôle double : commencer à punir en vertu des indications déjà réunies ; et se servir de ce début de peine pour extorquer la vérité manquante »⁵⁹. La double nature des mesures coercitives préalables au procès est indubitable : s'y mêlent acte d'instruction et élément de punition. Ainsi, malgré la volonté affichée, dans un Etat de droit, de rationaliser la répression en ne conservant que la peine, sanction postérieure au procès et « infligée au délinquant en rétribution des infractions qu'ils commettent »⁶⁰, notre procédure pénale renferme un panel significatif de mesures coercitives.

a) Les différentes mesures coercitives

Différentes mesures coercitives peuvent être diligentées par des autorités policières et judiciaires dans le cadre d'une procédure pénale. Ces mesures judiciaires, qui ne doivent pas être confondues avec les mesures de police administrative, sont disséminées principalement dans le Code de procédure pénale. Elles permettent d'entendre, et de retenir (ou de détenir) un individu.

⁵⁹ Michel Foucault, préc., p. 52-53.

⁶⁰ Lexique de termes juridiques Dalloz.

Dans le cadre des enquêtes de flagrance ou préliminaires, la police peut appeler ou convoquer toutes personnes si « les nécessités de l'enquête » (art. 62 et 78 C.P.P.) l'exigent⁶¹. Les personnes concernées sont tenues de comparaître afin de déposer (enquête de flagrance) ou d'être auditionnées (enquête préliminaire) et leur identité peut être contrôlée (art. 78-2 C.P.P.). Si les personnes concernées ne satisfont pas à leur obligation « avis en est donné au procureur de la République, qui peut les contraindre à comparaître par la force publique » (art. 62 al. 2 et 78 al. 1 C.P.P.). Mais en principe, elles ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition (art. 62 al. 5 et 78 al. 2 C.P.P.).

Lorsqu'une information est ouverte, le juge d'instruction peut faire citer « toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile » (art. 101 C.P.P.). Les personnes citées sont tenues de comparaître, de prêter serment et de déposer. Si les personnes ne comparaissent pas, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur de la République, les y contraindre par la force publique (art. 109 C.P.P.). De plus, elles s'exposent à une amende de 25 000 francs⁶². Si cela s'avère nécessaire, le juge d'instruction peut aussi délivrer un mandat de comparution qui a pour objet de mettre la personne à l'encontre de laquelle il est décerné en mesure de se présenter devant le juge à la date et à l'heure indiquée par le mandat⁶³ (art. 122 al. 2 C.P.P.). Le magistrat peut aussi procéder, non plus à de simples auditions, mais à de véritables interrogatoires ou confrontations à l'égard de certaines personnes (art. 114 al. 1 C.P.P.). A cette fin, il peut décerner un mandat d'amener qui est l'ordre donné par le juge à la force publique de conduire immédiatement la personne à l'encontre de laquelle il est décerné devant lui (art. 122 al. 2 C.P.P.), voire un mandat d'arrêt (art. 122 al. 5 C.P.P.).

Les règles du Code de procédure pénale permettent aussi aux enquêteurs et instructeurs de retenir ou de détenir un individu indépendamment des auditions, dépositions ou interrogatoires. La rétention peut être consécutive à un contrôle d'identité « si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité » (art. 78-3 C.P.P.). Elle a lieu sur place ou dans un local de police et doit permettre une vérification d'identité. « Si la personne interpellée maintient son refus de justifier de son identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts » (art. 78-3 C.P.P.), les opérations de vérification peuvent donner lieu à la prise d'empreintes digitales ou à des photographies. La personne qui fait l'objet d'une telle mesure ne peut être retenue plus de quatre heures non plus que le temps strictement nécessaire à l'établissement de l'identité. Autre forme de rétention, la garde à vue

⁶¹ Signalons aussi l'article 61 C.P.P, applicable dans le cadre de l'enquête de flagrance, qui dispose que « L'officier de police judiciaire peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations ».

⁶² Article 413-15-1 C.P.

est une mesure couramment pratiquée durant les enquêtes de flagrance ou préliminaires⁶³. Elle permet aux enquêteurs de garder des individus à leur disposition, dans un local de la police, pendant une durée qui ne peut en principe excéder 24 heures. Toutefois la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de 24 heures au plus (art. 63 et 77 C.P.P.). Exceptionnellement, en matière de terrorisme (art. 706-23 C.P.P.) ou de trafic de stupéfiants (art. 706-29 C.P.P.), une nouvelle prolongation de 48 heures peut être accordée. Durant l’instruction, le magistrat instructeur peut astreindre un individu à une ou plusieurs obligations énumérées par l’art. 138 C.P.P. Peut lui être interdit de quitter certaines limites territoriales, de s’absenter de son domicile, de recevoir ou de rencontrer certaines personnes. Par contre, peut lui être imposé de se présenter périodiquement à certains services ou à certaines autorités désignés par le juge ou encore d’informer le magistrat de tout déplacement au delà des limites territoriales délimitées préalablement par le juge. Quant à la détention provisoire, elle est la mesure la plus grave qui peut être prise à l’encontre d’un individu au cours d’une procédure pénale puisqu’elle entraîne une incarcération de l’intéressé pendant tout ou partie de l’information. Elle fait en principe suite à un mandat de dépôt qui est l’ordre donné par la juridiction au chef de l’établissement pénitentiaire de recevoir et de détenir la personne (art. 122 al. 4 C.P.P.).

L’ensemble de ces mesures portent, dans leur principe, atteinte à la liberté et à la sûreté des individus. Elles semblent, pour la plupart, en complète contradiction avec le principe de la présomption d’innocence tel que nous l’avons préalablement envisagé. En effet de la simple audition pratiquée lors d’une enquête préliminaire et qui peut appeler l’intervention de la force publique, à la détention ordonnée lors de l’instruction, l’intéressé est contraint de collaborer voire ouvertement mis en cause. La gradation de la coercition est donc bien une donnée fondamentale de la procédure pénale. Si la situation du témoin se rapproche de celle de l’innocent, la personne placée en détention provisoire est, elle, bien plus proche du condamné. Cet état de droit est pourtant entériné par des textes éminemment protecteurs des droits et libertés fondamentaux : le bloc de constitutionnalité et la convention E.D.H. Au niveau constitutionnel, le Conseil constitutionnel reconnaît la nécessité de concilier les libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs des

⁶³ Il semble cependant que les dispositions des art. 109 et 110 C.P.P. excluent l’utilisation du mandat de comparution par le juge d’instruction.

⁶⁴ Elle est pratiquée exceptionnellement lorsqu’une information est ouverte et à l’initiative de l’officier de police judiciaire lorsque les nécessités de l’exécution d’une commission rogatoire l’exigent (art. 153 C.P.P.).

infractions afin de protéger la sécurité des personnes et des biens⁶⁵. Selon certains auteurs le Conseil n'aurait jamais critiqué le principe de la garde à vue au regard des exigences constitutionnelles⁶⁶. Cette remarque vaut aussi pour la détention provisoire. Au niveau conventionnel, la convention E.D.H. admet explicitement la garde à vue (art. 5. 1. c) et la détention provisoire (art. 5. 3) qui sont des mesures profondément attentatoires aux libertés individuelles, et ne semble pas remettre en cause, dans leur principe, les prérogatives policières et judiciaires dont nous avons fait mention.

b) La persistance de la coercition dans un Etat de droit

Dans un Etat de droit, la coercition durant la procédure peut paraître profondément choquante. Aussi, la tendance actuelle va-t-elle dans le sens d'une amélioration significative des droits des présumés innocents.

Au principe de la liberté de la preuve inscrit à l'article 427 C.P.P. mais qui s'applique devant toutes les juridictions même d'instruction, répond le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Ce principe de loyauté « irrigue » de plus en plus notre procédure pénale. Il se traduit au niveau législatif par une amélioration des conditions de rétention et de détention mais aussi, au niveau jurisprudentiel, par le respect de certains principes dans l'administration de la preuve.

Ainsi d'une manière générale, les conditions de rétention et de détention se sont améliorées. La torture est interdite et le Code pénal réprime sévèrement les atteintes arbitraires à la liberté ou à l'intégrité corporelle des témoins, suspects ou prévenus. La loi du 4 janvier 1993 (modifiée et complétée par celles du 24 août 1993 et du 15 juin 2000) a octroyé à la personne gardée à vue un certain nombre de garanties et d'avantages. Ainsi, toute personne gardée à vue peut faire prévenir par téléphone une personne avec laquelle elle vit habituellement ou un membre de sa famille (art. 63-2 C.P.P.)⁶⁷. Elle peut faire l'objet d'un examen médical soit à sa demande soit à la demande d'un membre de sa famille. Le certificat médical qui est versé au dossier doit notamment se prononcer sur le maintien en garde à vue. Désormais, « lorsqu'il est indispensable...de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet » (art. 63-5

⁶⁵ Cons. const. décis. n°80-127 DC, 19 et 20 janvier 198, cons. n. 62 ; Rec. Cons. const., p. 15.

⁶⁶ Th. S. Renoux et M. de Villiers, Code constitutionnel, note sous art. 66.

C.P.P.). L'enregistrement audiovisuel des gardes à vue qui avait été envisagé par le Parlement dans le cadre de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n'a été finalement réservé qu'aux seuls cas des mineurs⁶⁸. La situation des détenus semble s'être améliorée. Les personnes soumises à la détention provisoire la subissent dans une maison d'arrêt (art. 714 C.P.P.) et sont en principe placées au régime de l'emprisonnement individuel de jour et de nuit (art. 716 C.P.P.). Sauf prescription contraire prise en vertu de l'article 145-4 al. 1^{er} C.P.P, les personnes placées en détention provisoire peuvent avec, l'autorisation du juge d'instruction, recevoir des visites sur le lieu de détention (art. 145 al. 2 C.P.P.). Le magistrat ne peut refuser un permis de visite à un membre de la famille de la personne détenue, à l'expiration d'un délai d'un mois à compter du placement en détention, que par une décision écrite et spécialement motivée (art. 145-4 al. 3 C.P.P.) susceptible d'un recours devant le président de la chambre de l'instruction (art. 145-4 al. 4 C.P.P.). De même, « les prévenus peuvent écrire tous les jours et sans limitation à toute personne de leur choix et recevoir des lettres de toute personne, sous réserve des dispositions contraires ordonnées par le magistrat saisi du dossier de l'information » (art. D. 65 C.P.P.). Des textes récents⁶⁹ reconnaissent notamment l'importance de l'hygiène et de l'organisation sanitaire, des activités physiques et sportives et de l'intervention socio-éducative au sein des centres de détention. Il est significatif et symbolique de noter que les infractions à la discipline, qui peuvent conduire à un enfermement dans une cellule aménagée ou à des moyens de coercition en cas de fureur ou de violence grave (art. 726 C.P.P.), ne sont plus considérées comme des mesures d'ordre intérieur et sont susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir⁷⁰. Par ailleurs la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a modifié la formulation de l'article 149 C.P.P. puisqu'une indemnité est accordée (et non plus « peut être accordée ») à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, afin de réparer le préjudice moral et matériel qu'elle a subi à cette occasion⁷¹.

⁶⁷ Un droit similaire est reconnu à l'art. 78-3 C.P.P. à la personne qui fait l'objet d'une vérification d'identité.

⁶⁸ L'article 4 VI de l'ordonnance 2 février 1945 dispose désormais que « Les interrogatoires des mineurs placés en garde à vue visés à l'article 64 du code de procédure pénale font l'objet d'un enregistrement audiovisuel ».

⁶⁹ Le décret n°98-1099 du 8 déc. 1998 et le décret n°99-276 du 13 avril 1999.

⁷⁰ CE, 17 février 1995, Marie : J.C.P. 1995. II. 22426, note Lascombes et Bernard.

⁷¹ Pourtant la Cour E.D.H., dans les affaires Englert et Nolkenbockhoff c/ Allemagne du 25 août 1987, Série A n°123 (Berger n°87, 88), a considéré que le refus d'imposer au Trésor les frais nécessaires et d'accorder une réparation pécuniaire pour détention provisoire ne s'analysait pas en une peine, ni en une mesure assimilable à une peine. Les juridictions allemandes n'avaient ainsi infligé aux inculpés aucune sanction : elles avaient, sans plus, refusé d'obliger les collectivités à les indemniser. Il n'y avait donc pas violation de l'article 6§2. La solution est transposable au remboursement des frais et dépens (affaire Lutz c/ Allemagne Berger n°86). Voir cependant affaire Minelli c/ Suisse du 25 mars 1983, Série A n°62 (Berger n°85).

Le principe de loyauté permet aussi aux tribunaux d'écarter un moyen de preuve dès lors que celui-ci a été obtenu soit en violation du respect dû à la vie privée, soit par provocation, soit au détriment des droits de la défense. En définitive, la Chambre criminelle écarte du débat judiciaire, comme les autres chambres de la Cour de cassation, les éléments de preuve obtenus de manière illicite⁷². Dans ce domaine, une analyse de la jurisprudence est difficile mais il semble que le principe de loyauté s'applique avec fermeté durant l'instruction et avec plus de souplesse durant l'enquête. Par contre, lorsque la preuve est administrée par un simple particulier le principe est, semble-t-il, inapplicable puisque la Chambre criminelle a admis qu'une partie civile communique au juge d'instruction des enregistrements obtenus au prix d'une infraction pénale⁷³.

Mais la situation des mis en cause est encore très précaire et marque les limites du principe de loyauté. En témoigne la condamnation récente de la France par la Cour E.D.H. dans l'affaire Selmouni pour « torture » en raison de graves sévices perpétrés par des policiers lors d'une garde à vue⁷⁴. Il convient aussi de se remémorer l'affaire Tomasi où la Cour E.D.H. avait condamné la France pour « traitement inhumain et dégradant » lors d'une garde à vue. Ainsi, a-t-on pu écrire que « la garde à vue a fait figure de zone d'ombre de la procédure pénale française »⁷⁵. Si les dérives policières ne sont pas toujours aussi extrêmes, elles sont apparemment fréquentes. Comme le note une avocate, « Je n'ai jamais rencontré de personne qui m'ait dit qu'elle avait été frappée pendant la garde à vue, mais j'ai vu des hématomes. Les gens se plaignent le plus souvent d'avoir été brutalisés pendant l'interpellation »⁷⁶. Les traumatismes subis sont bien plus psychologiques que purement physiques car « la plupart des gens ignorent complètement ce qu'est une garde à vue et ils sont effrayés à l'idée de rester enfermés sans savoir ce qui va leur arriver »⁷⁷. La Cour de cassation était plus ou moins complice de ces dérives, considérant que les règles légales encadrant la garde à vue n'étaient pas prescrites à peine de nullité et « leur inobservation ne saurait par elle-même entraîner la nullité des actes de procédure lorsqu'il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés fondamentalement »⁷⁸. Si la jurisprudence récente semble

⁷² Pour la position de la Chambre sociale, Soc. 20 nov. 1991, D. 1992, p. 73, concl. Chauvy. Pour la position de la Chambre commerciale, Com, 27 nov. 1991, D. 1992, p. 122, concl. Jéol.

⁷³ Crim. 6 avril 1993, J.C.P. 1993. II. 22144 note Rassat.

⁷⁴ Cour E.D.H., 28 juillet 1999, Le Monde 29 juillet 1999.

⁷⁵ Le Monde 1^{er} mars 2000.

⁷⁶ Me Esther Dandjinou, Le Monde 1^{er} mars 2000, p. 12.

⁷⁷ Me Béatrice de Vareilles-Sommières, Le Monde 1^{er} mars 2000, p. 12.

⁷⁸ Crim. 10 oct. 1968, J.C.P. 1969. II. 15741 note Mayer.

s'être assouplie⁷⁹, la situation reste inquiétante quand on sait que plus de 400 000 gardes à vue sont ordonnées chaque année⁸⁰.

La situation en détention provisoire est, elle, bien plus précaire et l'urgence est d'introduire le droit en prison et d'instaurer une indispensable transparence dans ce monde clos. La commission Canivet⁸¹ l'a mis en lumière : « le détenu est un être sans statut, sans droit et soumis aux décisions arbitraires de l'administration pénitentiaire »⁸². Les textes que nous avons mentionnés ne doivent pas faire illusion. La situation des détenus doit plutôt s'apprécier au regard de la surpopulation carcérale et du maigre budget de l'administration pénitentiaire⁸³. Le nombre des présumés innocents incarcérés est effarant puisqu'ils représentent environ 40% des détenus, c'est à dire plus de 20 000 personnes malgré des lois de plus en plus libérales, notamment celle du 30 décembre 1996. La détention provisoire est fréquemment présentée comme une forme atténuée de la torture et de la fameuse « question » pratiquée sous l'Ancien Régime. Certains juges d'instruction l'utiliseraient comme un moyen pour obtenir des aveux⁸⁴.

Cette résistance rencontrée à une éradication de la coercition, c'est à dire à la lutte contre l'arbitraire et au renforcement des garanties accordées aux présumés innocents est significative.

L'approfondissement de l'Etat de droit serait-il un obstacle au bon déroulement des enquêtes et instructions ? Vouloir la vérité ne conduit-il pas à tolérer la violence ? D'un certain point de vue, la réponse est positive car un lien subtil uni assurément violence et vérité⁸⁵. La violence policière et judiciaire n'est donc pas seulement une peine injuste frappant des personnes qui ne sont pas encore jugées, elle est aussi une manière de faire éclater la vérité. On comprend alors les difficultés qui s'attachent à l'éradication de cette forme d'arbitraire et sa persistance dans un Etat de droit.

2) Une gradation des garanties durant la procédure

⁷⁹ Crim. 24 nov. 1998, Droit pénal, jurisp. 138.

⁸⁰ Selon le Monde du 1^{er} mars 2000, il y aurait eu, en France, en 1999, 426 851 gardes à vue.

⁸¹ En septembre 1999, la ministre de la justice a chargé la commission Canivet de réfléchir sur un contrôle externe des prisons. Le rapport lui a été remis le 6 mars 2000.

⁸² Libération 1^{er} mars 2000, p. 16.

⁸³ Selon Madame le garde des Sceaux, le taux d'occupation des prisons serait de 110 à 120%. Ass. Nat. 2^{ème} séance du 10 février 2000, J.O. 11 février 2000, p. 987. Selon le Quid 1999, le budget de l'administration pénitentiaire était en 1998 de 7,01 milliards de francs.

⁸⁴ Selon M. Devedjan reprenant le rapport de M. Truche, la pratique est courante. Ass. Nat. 1^{re} séance du 10 février 2000, J.O. 11 fév. 2000, p. 962.

Pourtant, notre système répressif n'est ni arbitraire ni d'une profonde injustice. En effet, à la gradation des « peines » durant la procédure, répond la gradation des garanties car non seulement les textes de procédure pénale assurent un étranglement progressif des paliers au sein de la présomption d'innocence et jusqu'au procès, mais cet étranglement s'accompagne d'une amélioration progressive des droits de la défense.

a) Un étranglement progressif des paliers d'innocence

La présomption d'innocence n'est pas une période uniforme et statique. Elle est au contraire une période protéiforme et dynamique. En son sein, trois paliers d'innocence peuvent être distingués : le simple témoin et parmi les suspects « la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction » (ou la personne contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction) et la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction.

Le simple témoin est la personne à l'encontre de laquelle il n'existe pas d'indice faisant présumer qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction. Pour cette raison, sa qualité de présumé innocent peut être contestée. Durant l'enquête, il peut uniquement être entendu ou auditionné et ne peut plus être placé en garde à vue, même en cas d'enquête de flagrance⁸⁵. Par contre, il peut faire l'objet d'un contrôle d'identité et le cas échéant d'une vérification d'identité parce qu'il « est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou délit » (art. 78-2 C.P.P.). Durant l'instruction, sa seule obligation est de témoigner.

La personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction peut, dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, être placée en garde à vue (art. 63 et 77 C.P.P) et à ce titre restée à la disposition des enquêteurs pendant 24 ou 48 heures. Elle peut aussi faire l'objet d'un contrôle d'identité car il existe des indices « faisant présumer qu'elle a commis ou tenter de commettre une

⁸⁵ D'un autre point de vue, la réponse est négative car la violence « vicie » la vérité en la dénaturant.

⁸⁶ C'est la loi du 15 juin 2000 qui, en modifiant l'art. 63 C.P.P. a interdit le placement en garde à vue d'un simple témoin lors d'une enquête de flagrance (cette interdiction était déjà acquise lors de l'enquête préliminaire). Elle assure la conformité des règles de procédure pénale à l'article 5 de la convention E.D.H.

infraction » (art. 78-2 C.P.P.). Si une information est ouverte, le témoin assisté, c'est à dire la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction, peut être auditionnée par le juge d'instruction⁸⁷. En aucun cas, elle « ne peut être placée sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire » (art. 113-5 C.P.P.).

Seule la personne mise en examen, contre laquelle existent des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction, peut être interrogée par le juge d'instruction ou confrontée avec d'autres parties (art. 114 C.P.P.). En principe, elle reste libre mais si les « nécessités de l'instruction » l'exigent ou si une mesure de sûreté s'impose (art. 137 C.P.P.), elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, exceptionnellement, placée en détention provisoire. Le contrôle judiciaire ne peut être ordonné que « si la personne encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave » (art. 138 C.P.P.) alors que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que lorsque deux conditions se trouvent réunies. La personne susceptible d'être placée en détention provisoire doit encourir une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans⁸⁸ ou s'être soustraite volontairement aux obligations du contrôle judiciaire. De plus, la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que dans le cadre de l'article 144 C.P.P. qui délimite le cas des recours à la détention provisoire. Celle-ci peut notamment être envisagée si elle constitue l'unique moyen de conserver des preuves ou des indices matériels, si elle permet de prévenir une pression sur témoins ou une concertation frauduleuse ou encore si elle permet de mettre fin à l'infraction (ou d'empêcher son renouvellement) ou à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public.

A travers ces exemples significatifs, se dégage donc un étranglement des paliers qui renvoie à une hiérarchie au sein de l'échelle d'innocence. Résultant des règles de fond du Code de procédure pénale, cet étranglement résulte aussi des garanties organiques et procédurales qui sont accordées aux présumés innocents. Plus les atteintes à la liberté et à la sûreté des

⁸⁷ L'art. 113-4 C.P.P. emploie le terme « audition » mais peut être s'agit-il d'interrogatoire ou de confrontation (le terme « confronté » est utilisé à l'article 113-3 C.P.P.) quand on songe au renvoi partiel opéré par l'art. 113-3 C.P.P. à l'article 114 et 114-1 C.P.P. De plus, l'art. 152 alinéa 2 issu de la loi 516-2000 du 15 juin 2000 retient les termes d'interrogatoires et de confrontations du témoin assisté.

⁸⁸ Toutefois l'article 143-1 2° alinéa 2 prévoit une dérogation en matière correctionnelle

individus sont pénibles, plus le contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle selon l'article 66 de la constitution, est soutenu⁸⁹.

Si quelques missions élémentaires et primaires de police judiciaire sont laissées à l'initiative des particuliers (art. 73 C.P.P.) et des agents de police, les enquêtes sont menées par les officiers de police. Eux seuls peuvent exiger une vérification d'identité, une rétention dans un local de police ou une garde à vue. De même, ils sont seuls compétents, à l'exclusion des agents, en matière de perquisitions et saisies. Signalons aussi que seuls les officiers de police « peuvent défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à clôture des opérations » (art. 61) ou « appeler et entendre toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits et les objets et documents saisis » lors d'une enquête de flagrance (art. 62 alinéa 1^{er}).

Le procureur de la République, membre de l'autorité judiciaire⁹⁰ assure, lui, une mission de contrôle et de direction de ces enquêtes⁹¹. Aussi, lorsque les mesures sont particulièrement attentatoires à la liberté et à la sûreté des individus, il doit être impérativement et immédiatement informé. Tel est le cas lorsqu'une rétention dans un local de police est ordonnée⁹² ou lorsqu'une garde à vue est prononcée⁹³. Dans ces hypothèses, le magistrat peut décider de mettre fin à la mesure à tout moment et le Conseil constitutionnel exige que l'autorité judiciaire exerce un contrôle réel, effectif et complet afin qu'il lui revienne « d'apprécier de façon concrète la nécessité de telles mesures »⁹⁴. En matière de garde à vue, le délai maximum de 48 heures à partir duquel l'individu est déféré au parquet est conforme à l'exigence de l'article 5§3 de la convention E.D.H⁹⁵. qui impose que toute personne arrêtée ou détenue (dans les conditions prévues au paragraphe 1c) soit aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires⁹⁶. Lorsqu'une information est ouverte, le contrôle et la direction de la police judiciaire sont assurés par le

⁸⁹ Voir aussi Th. S. Renoux et M. de Villiers. Code constitutionnel, note sous article 66.

⁹⁰ Cons. const., décis. n. 93-326 DC, 11 août 1993 : JORF, 15 août, p. 11599, cons. n. 4.

⁹¹ Cet état de droit a été renforcé par la loi 2000-516 du 15 juin 2000 puisque la section 2 du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} est intitulée « dispositions relatives au contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire ».

⁹² Cependant pour une vérification d'identité le procureur n'est pas obligatoirement avisé puisque l'article 78-3 C.P.P. prévoit que l'intéressé est aussitôt avisé de son droit de faire aviser le procureur de la République.

⁹³ La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a modifié les articles 63 et 77 C.P.P qui disposaient qu'à la suite d'un placement en garde à vue « (l'officier de police judiciaire) en informe dans les meilleurs délais le procureur de la République ». Désormais, l'officier de police judiciaire est tenu d'informer le magistrat « dès le début de la garde à vue ».

⁹⁴ Cons. const., décis. n. 92-307 DC, 25 février 1992 : Rec. Cons. const., p. 48, cons., p. 48, cons. n. 15 et 16.

⁹⁵ Signalons que la prolongation supplémentaire de la garde à vue en matière de terrorisme ou de trafic de stupéfiant (art. 706-23 et 706-29 C.P.P.) nécessite l'autorisation d'un magistrat.

⁹⁶ Par contre, et en dépit d'une décision de la Cour de cassation (Crim. 3 juillet 1980, Bull. crim. 213, p. 556), il est douteux que le procureur de la République réponde aux exigences d'indépendance à l'égard de l'exécutif posées par la Cour E.D.H. et puisse dès lors être considéré comme un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires.

juge d'instruction. Celui-ci peut décerner mandat à la police judiciaire (art. 122 et suivants C.P.P.) ou requérir par commission rogatoire tout officier de police (art. 151 et suivants C.P.P.). Si pour les nécessités de l'exécution d'une commission rogatoire, le policier ordonne une garde à vue, le juge d'instruction doit être informé dès le début de la mesure (art. 154 C.P.P.). Les actes les plus graves de l'instruction sont réservés aux magistrats. Par exemple les officiers de police ne peuvent, en principe, pas procéder aux interrogatoires et confrontations des personnes mises en examen, des témoins assistés ou des parties civiles (art. 152 alinéa 2 C.P.P.). Le contrôle judiciaire ne peut, quant à lui, être ordonné que par le juge d'instruction (art. 138 et 137-2 C.P.P.) ou éventuellement par le juge des libertés et de la détention (art. 137-2 alinéa 2 C.P.P.). Depuis la loi 516-2000 du 15 juin 2000, le placement en détention provisoire est soustrait à la compétence du juge d'instruction et est confié à un nouveau magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président, ou de vice président du tribunal de grande instance : le juge des libertés et de la détention. « Il est saisi par ordonnance motivée du juge d'instruction, qui lui transmet le dossier de la procédure accompagné des réquisitions du procureur de la République » (art. 173-1 alinéa 4 C.P.P.). La liberté étant le principe, le juge d'instruction n'est pas tenu de statuer par ordonnance lorsqu'il ne suit pas les réquisitions du procureur de la République tendant au prononcé d'une mesure de contrôle judiciaire (art. 137-4 2° C.P.P.). Parallèlement, lorsque le magistrat instructeur est saisi de réquisitions du procureur de la République tendant au placement en détention provisoire (ou à la prolongation de la détention), il ne statue pas par ordonnance lorsqu'il ne transmet pas le dossier de la procédure au juge des libertés et de la détention (art. 137-4 1° C.P.P.). Par contre, le procureur de la République, lorsqu'il n'a pas été fait droit à sa demande, peut saisir directement la chambre de l'instruction (art. 137-5 C.P.P.). Le placement en détention provisoire est fortement contrôlé par les juridictions d'instruction du second degré puisque l'ordonnance est susceptible d'appel notamment sur le fondement de l'article 187-1 C.P.P. qui organise le « référé-liberté ». Cette procédure permet à la personne mise en examen de demander au président de la chambre de l'instruction d'examiner immédiatement son appel, c'est à dire de statuer au plus tard le troisième jours ouvrable suivant la demande, sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction. De plus, « la personne qui forme le recours prévu par l'article 187-1 C.P.P. peut demander à ce qu'il soit directement examiné par la chambre de l'instruction. Il est alors statué au plus tard, au vu des éléments du dossier, le cinquième jour ouvrable suivant la demande » (art. 187-2 C.P.P.).

Manifestement la procédure pénale assure un étranglement progressif des mises en cause et corrélativement des mesures coercitives. Les garanties accordées lors du prononcé d'une mesure de garde à vue s'apparentent difficilement avec celles accordées lors d'un placement en détention provisoire. Non seulement les conditions de fond sont différentes mais le juge des libertés et de la détention, magistrat du siège, est plus porté vers la protection de la liberté et de la sûreté des individus qu'un membre du ministère public.

b) Une amélioration progressive des droits de la défense

L'étranglement des mesures coercitives et des mises en cause se conjugue avec une amélioration progressive des droits de la défense durant la procédure. Effectivement, la mise en cause plus prononcée d'une personne lors d'une enquête ou d'une instruction se traduit conséquemment par la reconnaissance à son égard de droits nouveaux. Ainsi et paradoxalement, il est quelquefois avantageux d'être ouvertement mis en cause afin de bénéficier de prérogatives plus marquées. Pour cette raison, le Code de procédure pénale interdit au juge d'instruction d'entendre comme témoin, une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir participé à l'infraction dont il est saisi, et qui devrait être mise en examen (art. 105 C.P.P.). De même toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif et qui n'est pas mise en examen, ne peut pas être entendue comme témoin mais seulement comme témoin assisté (art. 113-1 C.P.P.). L'opportunité d'un franchissement de seuil au sein de l'échelle d'innocence est quelquefois laissée à l'initiative du présumé innocent qui doit opérer un choix : mieux faut-il être préservé d'une mise en cause trop énergique ou se voir conférer de nouveaux droits ? Ainsi, une personne nommément visée par une plainte ou mise en cause par la victime n'est pas nécessairement entendue comme témoin assisté, sauf si elle en fait la demande (art. 113-2 C.P.P.). Pareillement, un témoin assisté peut à tout moment de la procédure demander au juge d'instruction à être mis en examen (art. 113-6 C.P.P.). Afin d'apprécier l'amélioration progressive des droits de la défense durant la procédure, il convient de se reporter aux trois seuils d'innocence que nous avons préalablement dégagés : le témoin, le gardé à vue et le témoin assisté, le mis en examen.

Le témoin ne dispose pas, lors des investigations, de prérogatives particulières. Il est évident, parce qu'il n'est pas arrêté ou détenu mais seulement retenu le temps strictement nécessaire à son audition, qu'il n'a pas à être informé des raisons de son arrestation ou de toute accusation

portée contre lui. N'étant pas soupçonné, il ne peut être assisté d'un avocat ni devant les enquêteurs ni devant le magistrat instructeur.

La personne gardée à vue ou le témoin assisté disposent de droits plus affirmés qui doivent leur être rappelés soit par l'officier de police judiciaire (art. 63-1 C.P.P.) soit par le juge d'instruction (art.113-3 alinéa 2 C.P.P.). Désormais, la garde à vue semble en conformité avec les dispositions de l'article 5§2 de la convention E.D.H. énonçant que « toute personne arrêtée doit être informée dans le plus court délai...des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle » puisque le Code de procédure pénale prévoit que « toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête » (art. 63-1 C.P.P.). Le témoin assisté est informé dès la première audition du réquisitoire introductif, de la plainte ou de la dénonciation (art. 113-4 C.P.P.). Le gardé à vue et le témoin assisté peuvent être assistés d'un avocat. La loi 2000-516 du 15 juin 2000 autorise l'entretien de la personne gardée à vue avec un avocat « dès le début de la garde à vue ainsi qu'à l'issue de la vingtième heure » (art. 63-4 alinéa 1^{er} C.P.P.)⁹⁷. Quant au témoin assisté, il « bénéficie du droit d'être assisté d'un avocat » (art. 113-3 alinéa 1^{er} C.P.P.). Lors d'une garde à vue les entretiens avec un avocat ne peuvent excéder trente minutes et celui-ci se borne à des observations écrites qui sont jointes à la procédure. Quant au témoin assisté, il peut être assisté par son avocat lors de chaque audition ou confrontation. Celui-ci est convoqué au plus tard cinq jours ouvrables avant l'audition par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 114 alinéa 2 C.P.P.). L'avocat du gardé à vue doit être informé par un officier ou un agent de police judiciaire de la nature de l'infraction recherchée (art. 63-4 alinéa 3 C.P.P.) tandis que l'avocat du témoin assisté dispose d'un privilège que n'a pas son client : il a accès au dossier. La procédure est mise à sa disposition quatre jours ouvrables au plus tard avant la première audition. Après la première audition, la procédure est mise à tout moment à sa disposition durant les jours ouvrables, sous réserve des exigences de bon fonctionnement du cabinet d'instruction (art. 114 alinéa 3 C.P.P.). L'avocat, après la première audition, peut même se faire délivrer tout ou partie des pièces et actes du dossier et transmettre une reproduction des copies à son client. Par contre, seules les copies des rapports d'expertise peuvent être transmises par l'avocat ou le témoin assisté à des tiers pour les besoins de la défense (art. 114 alinéa 4, 5 et 6 C.P.P.).

⁹⁷ Selon l'article 63-4 alinéa 6 le délai est de 36 heures en cas d'association de malfaiteurs, de proxénétisme, d'extorsion de fonds aggravés ou d'infraction commise en bande organisée. Selon l'article 63-4 dernier alinéa, le délai est de 72 heures lorsque la garde à vue est soumise à des règles particulières de prolongation (garde à vue ordonnée sur le fondement de l'article 706-23 ou 706-29 C.P.P.).

Enfin, le témoin assisté peut exiger du juge d'instruction une confrontation avec la ou les personnes qui le mettent en cause (art. 113-3 C.P.P.).

La personne mise en examen est encore plus étroitement associée à l'instruction que le témoin assisté. Lors de la première comparution devant le juge d'instruction, le magistrat lui fait connaître expressément chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels il envisage une mise en examen (art. 116 C.P.P.). La mise en examen ne peut, dès lors, intervenir qu'à l'issue de la première comparution. Bien sûr, les dispositions de l'article 114 C.P.P. sont applicables. Le mis en examen peut se faire assister d'un avocat qui peut accéder librement au dossier sous réserve du bon fonctionnement du cabinet d'instruction. Si le mis en examen est placé en détention provisoire, le juge ne peut, en aucun cas, interdire au détenu de communiquer avec son défenseur même lorsque qu'est prescrite une interdiction de communiquer en vertu de l'article 145-4 ou lorsqu'une mesure disciplinaire est prononcée. En effet « toutes communications et toutes facilités compatibles avec les exigences de la discipline et de la sécurité de la prison sont accordées aux personnes mises en examen, prévenus et accusés pour l'exercice de leur défense » (art 716 al. 2 C.P.P.).

Mais plus que le témoin assisté, le mis en examen est désormais « un auxiliaire » du juge d'instruction. Il peut désormais saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à tout acte qui lui paraît nécessaire à la manifestation de la vérité (art. 82-1 C.P.P.). Le mis en examen peut, par exemple, demander que soit procédé à son interrogatoire⁹⁸, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux. Il peut aussi demander au juge d'instruction que soit ordonné une expertise (art. 156 alinéa 1^{er} C.P.P.), une contre-expertise (art. 167 alinéa 3 C.P.P.) ou même un examen médical ou médico-psychologique (art. 81 alinéa 8 C.P.P.). Le juge d'instruction qui entend ne pas faire droit à la demande, doit rendre une ordonnance motivée. « Faute par le juge d'avoir statué dans le délai d'un mois, la partie peut saisir directement le président de la chambre de l'instruction » (art. 81 alinéa 11 C.P.P.). Celui-ci, dans les huit jours de la réception du dossier, doit décider, par une ordonnance non susceptible de recours, s'il y a lieu ou non de saisir la chambre de l'instruction (art. 186-1 C.P.P.)⁹⁹. Lors des interrogatoires, confrontations ou auditions « les avocats des parties peuvent poser des questions ou présenter de brèves observations » (art. 120 alinéa 1^{er} *in fine*) mais il revient au juge d'instruction de déterminer

⁹⁸ L'article 82-1 alinéa 3 prévoit qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois depuis sa dernière comparution la personne mise en examen qui en fait la demande *doit* être entendue par le juge d'instruction..

l'ordre des interventions et d'y mettre fin. Il est significatif de noter que la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a étendu non seulement la possibilité des demandes d'actes complémentaires d'instruction, la liste des demandes d'actes complémentaires d'instruction n'étant plus limitative (voir ancien art. 82-1) mais aussi le rôle des avocats lors des interrogatoires, auditions ou confrontations puisque la rédaction du nouvel article 120 C.P.P. est plus libérale que celle de l'ancien article 120 C.P.P. En réalité, depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, les droits des parties et notamment du mis en examen n'ont cessé de s'étendre lors de l'instruction¹⁰⁰. L'appel des décisions du juge d'instruction est aujourd'hui assez largement ouvert. A côté de l'appel formé sur le fondement de l'article 186-1 C.P.P., le mis en examen peut faire appel des ordonnances du juge d'instruction prévues par diverses dispositions légales comme par exemple celle rendues sur la recevabilité d'une constitution de partie civile (art. 87 C.P.P.) ou sur la compétence de la juridiction (art. 186 alinéa 3 C.P.P.). Signalons aussi que depuis les lois n°93-2 du 4 janvier 1993 et n°93-1013 du 24 août 1993, le mis en examen a le droit de soulever les nullités commises au cours de l'information voire au stade de l'enquête (art. 170 et 173 alinéa 3 C.P.P.).

Incontestablement, la procédure pénale, dans sa phase antérieure au procès n'est pas une zone de non-droit. Certes le présumé innocent est mis en cause et éventuellement détenu ou incarcéré mais au fil des avancées de l'enquête et de l'instruction les garanties et les contrôles se multiplient. En réalité, il nous semble que les règles de la présomption d'innocence témoignent d'un subtil équilibre entre coercition et protection. Le degré de coercition répond toujours et de manière quasi-proportionnelle au degré de culpabilité éventuelle afin d'épargner les probables innocents des mesures les plus graves, telles une garde à vue, une mise en examen ou une détention provisoire. Parallèlement, toute intensification dans la coercition s'accompagne automatiquement, pour celui qui en fait l'objet, d'une attribution significative de prérogatives et de garanties nouvelles afin d'éviter tout nouveau franchissement de seuil ou toute nouvelle mesure coercitive. Le procès n'échappe pas à cette logique et à bien des égards, il n'apparaît que comme un aboutissement où la logique de la procédure est poussée à son terme. Sans doute doit-on retenir une conception « dilatée » du procès, en affirmant comme Madame Lazerges que « le procès pénal commence aujourd'hui

⁹⁹ La Cour de cassation considère que les motifs pour lesquels les juridictions d'instruction estiment devoir rejeter une demande d'actes complémentaires d'instruction, relevant d'une question de pur fait, sont souverainement appréciés par celles-ci et échappent au contrôle de la Cour de cassation. Crim. 25 mars 1997 : Bull. crim. n°118.

¹⁰⁰ D'ailleurs, la section 5 du chapitre I du titre I de la loi 2000-516 du 15 juin 2000 s'intitule : « Dispositions étendant les droits des parties lors de l'instruction ».

dès la garde à vue »¹⁰¹. Cette conception dilatée du procès, si elle ne peut être accueillie qu'avec enchantement dans un Etat de droit, n'est pourtant pas dénuée d'effets pervers. Elle discrédite le procès comme pierre angulaire de la répression. La culpabilité n'est-elle pas appréciée par les policiers et les magistrats durant la procédure ? le contrôle d'identité, le placement en garde à vue, la mise en examen et même de manière plus informelle la détention provisoire ne nécessitent-ils pas l'appréciation d'une culpabilité probable du présumé innocent ? la réponse se trouve dans les articles du Code de procédure pénale (art. 78-2, 63, 77, 80-1¹⁰², 144 C.P.P.) mais aussi dans quelques décisions significatives. A propos, d'un pourvoi en cassation contre un arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour de Paris qui avait confirmé l'ordonnance d'un juge d'instruction ayant rejeté une demande de mise en liberté, la Chambre criminelle, constatant pourtant que le demandeur se prévalait d'une violation de la présomption d'innocence, la juridiction d'instruction ayant énoncé que des « indices sérieux de culpabilité sont en l'état réunis », rejette le pourvoi estimant que la chambre d'accusation ne s'est pas prononcé sur la culpabilité de l'inculpé mais a seulement relevé des charges existant contre lui¹⁰³. De même, pourquoi considérer comme la Cour de cassation¹⁰⁴ qu'un magistrat qui s'est prononcé sur les demandes de mise en liberté aurait une appréhension impartiale du litige s'il venait à apprécier la culpabilité du présumé innocent ?

Pourtant, n'est-il pas juste que seules les personnes à l'encontre desquelles existent des indices faisant présumer qu'elle ont commis ou tenter de commettre une infraction puissent être placées en garde à vue ? N'est-il pas juste que seules les personnes à l'encontre desquelles existent des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction puissent être placées en détention provisoire ?

Ne pouvant éradiquer la coercition, il a fallu la délimiter, la circonscrire afin surtout d'épargner les innocents. Aussi, la violence ascendante des mesures coercitives a pour corollaire la nécessaire discrimination des coupables des innocents. La discrimination assurée par les gardiens de la liberté individuelle et par les conseils des parties est le compromis réalisé entre d'un côté la violence des recherches et de l'autre la punition des coupables et la protection des innocents. Cette administration de la justice tend effectivement à réconcilier les deux exigences fondamentales et contradictoires de la procédure pénale : préserver les

¹⁰¹ Préc.

¹⁰² On peut remarquer, outre les modifications de fond apportées à l'article, la substitution des termes « indices faisant présumer » à ceux d'« indices rendant vraisemblable » car ils donnaient le sentiment d'une violation flagrante de la présomption d'innocence. Mais seul le champ lexical a changé.

¹⁰³ Crim. 4 janvier 1990, Bull. crim. n°5, arrêt Cisse.

¹⁰⁴ Crim. 8 avril 1992, D. 1993, Somm. p. 204, obs. J. Pradel.

innocents de l'erreur policière et judiciaire et punir les coupables le plus tôt possible. La « peine » imbriquée inextricablement dans l'instruction est certes préalable au procès mais n'est que progressive et fortement contrôlée par les magistrats, gardiens de la liberté individuelle. Le droit positif n'apporte finalement comme solution à la contradiction fondamentale « qu'une » conciliation. L'article 1^{er} III du C.P.P. disposant que « les mesures de contraintes dont (le présumé innocent) fait l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne » en est la parfaite illustration. Par cela, le droit positif déplace le centre de gravité du procès. Il faut percevoir l'effet pervers des dispositions qui préservent les innocents et garantissent l'intervention judiciaire avant le jugement : elles désignent les coupables et accèdent leur culpabilité. Elles permettent, certes d'exclure les innocents des mesures coercitives mais désignent *a contrario* les coupables avant leur procès. Le fait que la plupart des personnes poursuivies soient effectivement condamnées est certes profitable aux innocents, mais *de facto*, apparaît comme préjudiciable aux coupables, désignés avant toute condamnation.

Comment penser qu'une personne « à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction », placée en garde à vue sous le contrôle du procureur de la République, et à ce titre assurant le respect de la liberté individuelle, poursuivie par un tel magistrat, mise en examen par un juge d'instruction, juge du siège, signifiant qu'il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice à la commission d'une infraction, placée en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention et renvoyée devant la juridiction de jugement, puisse être innocente ?

Les poursuites engagées par le procureur de la République, certes accusateur mais aussi, et de plus en plus protecteur, ne sont-elles pas très probablement fondées ? Comment ne pas considérer une ordonnance de renvoi comme un jugement de condamnation quand l'instruction n'est plus, aujourd'hui, « le bras armé » de l'accusation mais une phase de la procédure où doit éclater la vérité (art. 81 alinéa 1^{er} C.P.P.) et où le mis en examen dispose quasiment d'un droit à la vérité (art. 82-1 et 186-1 C.P.P.)¹⁰⁵ ? Comment la juridiction de jugement peut-elle ne pas être juge de la confirmation quand une pluralité d'appréciations

¹⁰⁵ La crainte ressentie de voir se transformer le cabinet d'instruction « en une espèce de tribunal secret, où déjà le procureur requiert et où plaident les défenseurs » (Doc. parl. Ass. nat. III, 1955-1956, n°4255, p. 87) n'est, aujourd'hui, pas sans fondement.

judiciaires attestent d'une culpabilité inéluctable ¹⁰⁶? L'indépendance et l'impartialité, non pas personnelles mais institutionnelles, des magistrats du siège sont en cause.

Ainsi, au fil de la procédure, la présomption d'innocence, qui ne renvoie plus à un doute avéré rayonne par son artificialité : plus une personne est présumée innocente, plus elle est coupable. Elle apparaît alors comme un privilège exorbitant. Doit-on alors s'étonner des relations souvent conflictuelles qu'entretiennent présumés innocents et société civile ?

¹⁰⁶ Pour cette raison, il serait impossible de faire appel devant la chambre d'accusation, des ordonnances de renvoi du juge d'instruction. Le prévenu se présenterait devant le tribunal avec un préjugé plus défavorable. Brouchet, rev. sc. crim. 1957, p. 107. Pour un exemple de

II) La protection de la présomption d'innocence et les spectateurs du procès pénal

L'ambivalence de notre système répressif, formellement fondé sur le procès mais incontestablement tourné vers la procédure, est source de tensions entre les présumés innocents et les spectateurs du procès pénal qui, plus que jamais, en raison de l'importance du droit pénal dans notre société, sont intéressés par le fonctionnement de notre justice pénale. En effet, comment assurer la primauté du procès et préserver les présumés innocents des remontrances de la société civile quand une procédure pénale engagée est déjà le signe d'une culpabilité naissante ? Cette interrogation marque indubitablement les limites de la protection de la présomption d'innocence devant les spectateurs du procès pénal : notre droit peut sanctionner les atteintes grossières à la présomption d'innocence, lorsque l'individu est présenté explicitement comme coupable avant condamnation (A) mais il ne peut, sous peine de se contredire, condamner des atteintes plus subtiles notamment lorsque la liberté d'expression n'apparaît que comme le support des imperfections de la procédure pénale (B).

A) L'interdiction de présenter une personne comme coupable avant condamnation

Parce que seule une condamnation pénale, résultante d'un procès, peut renverser la présomption d'innocence et faire apparaître la culpabilité, un individu ne peut pas, antérieurement, être coupable d'une infraction. En réalité, la culpabilité réelle ne coïncide jamais avec la culpabilité juridique puisque celle-ci est nécessairement retardée par le procès et la condamnation qui en découle éventuellement. A cet égard, l'artifice de la présomption d'innocence est patent. Il l'est encore plus quand on songe aux symptômes de culpabilité que dégage la procédure pénale. De ce point de vue, le jugement pénal est bien plus un jugement déclaratif qu'un jugement constitutif. Ainsi s'expliquent les nombreuses atteintes portées à l'innocence des présumés innocents. Pourtant la règle est stricte et tend à garantir le monopole du procès dans la répression : une personne ne doit pas être présentée comme coupable avant condamnation. Cette règle repose sur un double fondement : il est non seulement faux (ce qui nous venons de le voir, est discutable) mais aussi préjudiciable (ce qui est moins discutable) de poser la culpabilité d'un présumé innocent. Ainsi, l'indépendance de la justice doit être préservée et la dignité des personnes protégée. Evidemment la protection s'efface lorsque la

jugement de confirmation : en pratique, le juge de jugement a tendance, pour ne pas désavouer le juge d'instruction à condamner à une peine

présomption est renversée. En effet, en dehors des textes qui prévoient un champ d'application spécifique, la protection de la présomption d'innocence s'éteint par l'effet d'une décision de condamnation. Mais quelle décision de condamnation ? Relativement à l'article 9-1 C.c, la Cour de cassation a considéré que « seule une décision irrévocable faisait disparaître...la présomption d'innocence »¹⁰⁷. Il faut semble-t-il en déduire qu'un appel interjeté ou qu'un pourvoi en cassation formé après une décision de condamnation ne font pas disparaître la présomption d'innocence. Postérieurement à la décision irrévocable, la culpabilité peut être largement commentée sous réserve d'une certaine forme de droit à l'oubli pour le délinquant¹⁰⁸. La protection de la présomption d'innocence s'organise non seulement autour d'un arsenal répressif afin de sanctionner le fautif mais aussi autour d'un système préventif car l'essentiel est d'éviter une diffusion de l'information erronée.

1) La répression des atteintes à la présomption d'innocence

Le terme de répression ne doit pas être compris dans son sens juridique puisque nous envisagerons, certes, une infraction pénale, la diffamation mais aussi les mesures pécuniaires qui peuvent être prononcées par le juge. Notons cependant que les dommages-intérêts « sont...fondés sur la réparation du préjudice moral qui laisse une grande marge d'appréciation au juge. La tentation apparaît ainsi de faire jouer aux dommages-intérêts le rôle d'une sanction davantage que celui d'une réparation »¹⁰⁹.

a) La diffamation

au moins égale à la durée de la détention provisoire.

¹⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ. 12 nov. 1998, Le point c/ Patrick Poivre d'Arvor. D. 1998, I.R. p. 265. Légipresse mai 1999, III-58. Peu avant, le TGI de Paris avait considéré que le bénéfice de l'article 9-1 C.c ne pouvait plus être invoqué dès qu'une sanction même non définitive, avait été prononcée par une juridiction de jugement. Le tribunal avait cependant retenu l'application de l'article 1382 C.c en reconnaissant le droit pour un individu de ne pas être présenté comme nécessairement coupable tant qu'il n'a pas été irrévocablement condamné. TGI Paris, 13 mai 1998, J.-M. Deperrois c/ Société Hachette-Filipacchi, Légipresse nov. 1998, III-155

¹⁰⁸ Le TGI de Paris avait reconnu le droit à l'oubli d'une personne, dont Paris-Match avait publié la photographie suivie du qualificatif de «criminelle », alors qu'elle avait été condamnée depuis plus de dix ans et qu'elle venait de se réinsérer. Paris-Match avait été condamné à 40000 francs de dommages et intérêts. TGI Paris, 20 avr. 1983, J.C.P. 1985. II. 20434, n. R. Lindon. La Cour de cassation a pourtant exclu le bénéfice du droit à l'oubli en raison de la notoriété des faits bien que datant de 40 ans. Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1990, J.C.P. 1992. II. 21908, n. J. Ravanas. Plus récemment, la Cour d'appel de Montpellier a considéré que le droit à l'oubli n'était pas absolu et qu'il appartenait au juge de se prononcer en fonction des circonstances de l'espèce en tenant compte du droit du journal d'apporter une information libre, complète et objective mais également de la gravité relative des faits, du temps écoulé depuis leur commission, ainsi que des efforts de réinsertion des personnes anciennement condamnées, dès lors qu'ayant purgé leur peine, elles peuvent légitimement s'opposer au rappel de leurs actes passés, si un tel rappel ne répond à aucune nécessité d'ordre éthique, historique ou scientifique. Cour d'appel de Montpellier, 8 avril 1997, L'indépendant du Midi c/ N. Besse. Légipresse mai 1998, I-52.

¹⁰⁹ Patrick Auvret, Les sanctions du non-respect de la présomption d'innocence par les journalistes, G.P. 1995. 3. p. 1053.

La diffamation est une notion indépendante et extérieure à la présomption d'innocence¹¹⁰. Pourtant, à l'heure actuelle, elle représente la seule sanction pénale de portée générale réprimant le non-respect de la présomption d'innocence. Effectivement, la diffamation ne protège pas, à proprement parler, la présomption d'innocence. Elle est une infraction au droit de la presse prévue à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Cet article dispose que « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ». L'infraction est punie d'une amende de 80 000 francs¹¹¹. Elle est conforme à l'article 10 de la convention E.D.H. qui protège la liberté d'expression car la Cour E.D.H. admet que cette liberté n'est pas absolue¹¹². D'ailleurs la Cour de cassation a jugé, sur le fondement de l'article 10§2 de la convention E.D.H. la conformité de l'incrimination à la convention en considérant que la liberté d'expression pouvait être soumise à certaines conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique¹¹³. La diffamation se distingue de l'injure qui est, selon l'alinéa 2 de l'article 29 « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Seule la diffamation est protectrice de la présomption d'innocence car la violation de cette dernière nécessite l'imputation d'un fait précis : la commission d'une infraction avant condamnation.

La répression est largement ouverte puisque l'incrimination protège autant les personnes physiques que morales¹¹⁴. L'allégation ou l'imputation d'un fait précis peut n'être qu'indirecte et résultée d'une reproduction. Par exemple, le fait que l'article contenant des imputations diffamatoires reprenne textuellement une dépêche de l'AFP ne constitue pas une excuse absolutoire¹¹⁵. De même, l'imputation d'un fait déterminé et précis entre dans le champ d'application de l'article 29 même si elle est présentée sous une forme interrogative¹¹⁶ ou semi-interrogative¹¹⁷. La forme négative n'exclut pas non plus la diffamation¹¹⁸, ni même la forme dubitative ou conditionnelle¹¹⁹. Même une insinuation peut être diffamatoire car

¹¹⁰ L'action en diffamation a une cause différente de l'action pour atteinte à la présomption d'innocence prévue par l'article 9-1 du Code civil. TGI Paris, 11 mars 1998, *Légipresse* 1998, I-89.

¹¹¹ Notons que c'est la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 qui modifie l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en remplaçant les mots « d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 80 000 francs, ou de l'une de ses deux peines seulement » par les mots « d'une amende de 80 000 francs ».

¹¹² Arrêt du 26 nov. 1991, *Sunday times*, série A n°27.

¹¹³ Cass. crim. 13 juin 1993 : Bull. crim. n°217.

¹¹⁴ Cass. crim. 12 oct. 1976 : Bull. crim. n°287.

¹¹⁵ TGI Paris, 3 juillet 1997 : *Légipresse* 1997, I-51.

¹¹⁶ Cass. crim. 21 fév. 1967 : Bull. crim. n°76.

¹¹⁷ Cass. crim. 18 nov. 1892 : DP 1894, 1, 139.

¹¹⁸ Paris, 1^{er} juin 1960 : *Gaz. Pal.* 1960. 2. 142.

¹¹⁹ Cass. crim. 20 juin 1946 : *Gaz. Pal.* 1946. 2. 178.

« selon l’art. 29 de la loi du 29 juillet 1881, toute expression qui contient l’imputation d’un fait précis et déterminé, de nature à porter atteinte à l’honneur ou à la considération de la personne visée, constitue une diffamation, même si elle est présentée sous une forme déguisée, dubitative ou par voie d’insinuation »¹²⁰. Par exemple constituent des cas de diffamation le fait de dire que quelqu’un a fait l’objet d’une condamnation¹²¹. Par ailleurs, contrairement à l’article 9-1 C.c, l’article 29 de la loi du 29 juillet 1881 n’exige pas que les faits allégués ou imputés fassent l’objet d’une enquête ou d’une instruction judiciaire. De même, la publicité n’est pas, contrairement à l’article 9-1 C.c, une condition d’application de la diffamation puisque la diffamation non publique (c’est à dire non réalisée par les moyens prévus à l’article 23 de la loi) est réprimée à l’article R.621-1 du Code pénal par une contravention de première classe.

Par contre, parce que la loi du 29 juillet 1881 protège la liberté de la presse, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale sont draconiennes. Tout d’abord, la poursuite pénale nécessite la plainte préalable de la personne diffamée¹²². Parallèlement, le désistement du plaignant ou de la partie poursuivante a pour effet d’arrêter la poursuite commencée¹²³. Ensuite, la citation en justice doit répondre aux exigences de l’article 53 (de la loi du 29 juillet 1881) et notamment préciser et qualifier le fait incriminé et indiquer le texte de loi applicable à peine de nullité de la poursuite. Enfin, le délai de prescription est extrêmement bref, puisque l’action publique et l’action civile se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour où l’infraction a été commise ou du jour du dernier acte d’instruction ou de poursuite s’il en a été fait¹²⁴. L’interruption du délai de prescription, avant l’engagement des poursuites est, lui aussi, strictement délimité puisque seules des réquisitions aux fins d’enquête sont interruptives de prescription¹²⁵. La loi n°93-2 du 4 janvier 1993 a apporté une innovation protectrice de la présomption d’innocence puisqu’ « en cas d’imputation portant sur un fait susceptible de revêtir une qualification pénale, le délai de prescription prévu par l’article 65 est réouvert ou court à nouveau, au profit de la personne visée, à compter du jour où est devenue définitive une décision pénale intervenue sur ces faits et ne la mettant pas en cause »¹²⁶.

¹²⁰ Cass. crim. 3 juillet 1996 : Légipresse 1997, n°139, III, p. 19.

¹²¹ Cass. crim. 15 oct. 1985 : JCP 1986. IV. 5.

¹²² Art. 48 de la loi du 29 juillet 1881. Cass. crim. 22 mai 1990 : Bull. crim. n°211.

¹²³ Art. 49 de la loi du 29 juillet 1881.

¹²⁴ Art. 65 alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881.

¹²⁵ Art. 65 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881.

¹²⁶ Art. 65-2 de la loi du 29 juillet 1881.

Une difficulté réside dans l'admission de l'exception de vérité qui, en principe, est admise. En effet, s'il est admis que la preuve du fait diffamatoire est un fait justificatif qui anéantit l'infraction, comment rapporter la preuve de ce fait sans écorner la présomption d'innocence ? L'article 35 c (de la loi du 29 juillet 1881) apporte une solution puisqu'il impose un sursis à statuer obligatoire lorsque, lors d'une action en diffamation, la preuve de la vérité des faits est légalement interdite et que les faits considérés comme diffamatoires sont l'objet de poursuite commencées, soit à la requête du ministère public, soit sur plainte du prévenu¹²⁷. Ces hypothèses sont marginales et n'intéressent vraisemblablement pas la protection de la présomption d'innocence car, en principe, si les faits incriminés comme diffamatoires font l'objet d'une simple enquête ou d'une instruction, le sursis à statuer n'est que facultatif. Le juge pourra l'envisager, en dehors des fondements de la loi du 29 juillet 1881, dans le cadre d'une meilleure administration de la justice afin d'apprécier la responsabilité du prévenu de diffamation. Un tel sursis est pourtant quasiment systématiquement rejeté car l'intéressé « doit...disposer, au moment où l'écrit diffamatoire est rendu public, des éléments de nature à rapporter la preuve de l'intégralité des faits rapportés, sans attendre du résultat d'une autre procédure les éléments de nature à l'exonérer de sa responsabilité »¹²⁸. Ainsi, le TGI de Paris avait estimé que « tout organe de presse ou d'information doit, au moment où il porte à la connaissance du public des faits susceptibles de mettre en cause une personne dans des conditions diffamatoires, disposer des preuves de ses allégations. Il ne saurait attendre, de l'issue de l'enquête pénale en cours, les éléments de conviction qui lui font défaut pour démontrer la vérité des faits diffamatoires ou justifier de sa bonne foi »¹²⁹. De plus, la preuve de la vérité, pour produire son effet absolu, doit être complète et absolue et couvrir les imputations dans tous leurs éléments et dans toute leur portée¹³⁰. Pour cette raison, les décisions qui retiennent la vérité du fait diffamatoire sont rarissimes. De même, il arrive que les tribunaux rejettent une demande de sursis à statuer, considérant que « l'atteinte à la présomption d'innocence, commise dès la publication de l'article incriminé n'est pas susceptible d'être rétroactivement effacée par un jugement de condamnation »¹³¹. Par cette dernière décision, on perçoit la difficile intégration du mécanisme de l'exception de vérité dans le droit de la présomption d'innocence. L'artifice de la présomption d'innocence n'a-t-il pas vocation à transcender la vérité puisque même les coupables doivent pouvoir en bénéficier ?

¹²⁷ TGI Paris, 27 mai 1997 : *Légipresse* 1997, I-118.

¹²⁸ Jean-Yves Dupeux, note sous TGI Paris, 16 déc. 1994, D. 1997, sommaires commentés, p. 89.

¹²⁹ TGI Paris, 10 juin 1996, *Légipresse* 1997, I-85.

¹³⁰ Cass. crim. 16 mars 1948 : JCP 1948. II. 4431, note A. Colombini.

En dehors de la diffamation, d'autres dispositions répriment le fait pour un individu de présenter une personne comme coupable avant condamnation, mais devant une juridiction ou une autorité susceptible d'y donner suite. La difficulté centrale réside dans la ligne de partage à délimiter entre le droit pour les particuliers de saisir un tribunal répressif en étant logiquement convaincus de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé, le droit voire le devoir d'alerter d'une infraction¹³² et les constitutions malfaisantes de parties civiles ainsi que les dénonciations diffamantes. Le droit positif autorise la poursuite pour dénonciation calomnieuse, incrimination prévue à l'article 226-10 du Code pénal, quand l'intéressé connaissait la fausseté des faits imputés au moment de la plainte ou s'était porté partie civile dans l'intention de nuire. Le Code de procédure pénale autorise¹³³ le tribunal correctionnel, saisi par citation directe et qui prononce la relaxe du prévenu, à condamner, sur réquisition du procureur de la République, la partie civile au paiement d'une amende civile dont le montant ne saurait excéder 100 000 francs. Une disposition similaire¹³⁴ donne le droit au juge d'instruction, sur réquisition du procureur de la République, de prononcer contre la partie civile, à la suite d'un ordonnance de non-lieu et d'une constitution de partie civile abusive et dilatoire, une amende dont le montant ne saurait excéder 100 000 francs et qui est garantie par la consignation fixée en application de l'article 88 du Code de procédure pénale¹³⁵.

b) Les mesures pécuniaires

A côté des mesures purement répressives, le présumé innocent peut obtenir des dédommagements pécuniaires. La voie la plus empruntée est celle de la diffamation en vertu du principe selon lequel l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage causé par l'infraction¹³⁶.

Cependant le Code civil à l'article 9-1 alinéa 1^{er}, depuis 1993¹³⁷, dispose que « chacun a le droit au respect de la présomption d'innocence ». L'alinéa 2 du texte permet au juge, lorsqu'une personne est avant toute condamnation présentée publiquement comme coupable

¹³¹ TGI Paris, 5 janvier 1994, Gazette du Palais 6 septembre 1994.

¹³² L'article 40 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale n'édicte aucune obligation pour les particuliers (contrairement aux autorités, officiers publics ou fonctionnaires) de dénoncer une infraction. Il s'agit simplement pour eux d'un droit et d'une faculté.

¹³³ Article 392-1 du Code de procédure pénale (modifié par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000).

¹³⁴ Article 177-2 du Code de procédure pénale (issu de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000).

¹³⁵ Article 88-1 du Code de procédure pénale (modifié par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000).

¹³⁶ Article 2 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

¹³⁷ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 a ensuite été modifiée par la loi n°93-1013 du 24 août 1993 puis par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000.

de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, d'allouer des dommages et intérêts¹³⁸. Le juge peut conjuguer cette mesure avec l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué¹³⁹. La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a élargi le champ d'application du texte puisque peut s'en prévaloir toute personne dès lors quelle est présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction¹⁴⁰. Même les personnes qui ne sont pas placées en garde à vue ni mises en examen ou qui ne font pas l'objet d'une citation à comparaître en justice, d'un réquisitoire du procureur de la République ou d'une plainte avec constitution de partie civile peuvent fonder leur action sur l'article 9-1 C.c. Notons cependant que la diffamation dispose d'un champ d'application plus large puisqu'elle n'est ni suspendue à une allégation ou une imputation publique de culpabilité, la diffamation non publique étant réprimée, ni à l'existence d'une enquête ou d'une instruction. De plus, « il appartient au demandeur d'apporter la preuve qu'il se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 9-1 du code civil pour se prévaloir du droit au respect de sa présomption d'innocence »¹⁴¹. A cet égard, on peut penser qu'il est parfois difficile de rapporter la preuve d'une enquête préliminaire ou même d'une instruction. Par contre, contrairement à la diffamation, l'article 9-1 C.c n'admet pas l'exception de vérité comme « fait justificatif ». En ce sens, il peut apparaître comme une voie de droit moins dangereuse pour le présumé innocent et logiquement mieux adaptée au respect de la présomption d'innocence. La prescription de l'article 9-1 C.c est calquée sur celles des infractions de presse puisque « les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence commise par l'un des moyens visés à l'article 23 se prescriront après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité »¹⁴².

Du fait de ces courtes prescriptions, inévitablement, se pose la question de l'application des règles de droit commun de la responsabilité civile délictuelle soumise à la prescription trentenaire. Comme le signalait déjà un auteur avisé en 1993, « L'expérience montre qu'il n'y aura pas longtemps avant qu'un plaideur, par incompetence ou inadvertance, oublie d'interrompre la prescription trimestrielle prévue à l'article 65-1 de la loi du 29 juillet, et tente de faire valoir que l'atteinte à la présomption d'innocence constitue également une faute civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹⁴³. Le problème de l'application des règles

¹³⁸ Par exemple, TGI Paris, 14 fév. 1996 : Juris-Data n°041115.

¹³⁹ Par exemple, TGI Paris, 15 nov. 1995 : Juris-Data n°047973.

¹⁴⁰ L'article 9-1 C.c n'exige cependant pas que la procédure d'enquête ou d'instruction soit menée par les autorités française. TGI Paris, 1^{er} juin 1993, n°105, I, p. 117.

¹⁴¹ Paris, 17 fév. 1999, Villeneuve c/ SNC le Parisien, LégiPresse avril 1999, I-40.

¹⁴² Art. 65-1 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁴³ Christophe Bigot, Les modifications récentes du droit de la presse, Gaz. Pal. du 26 août 1993, p. 1066.

de la responsabilité civile à la presse s'apprécie à la lumière d'une des finalités de la loi du 29 juillet 1881. Selon un auteur, cette loi assurerait relativement à la liberté d'expression « un système juridique clos se suffisant à lui même arbitrant une fois pour toutes, les intérêts en présence, y compris les intérêts civils et enlevant du même coup à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse »¹⁴⁴. D'ailleurs cette « compétence diffuse » est problématique au regard de la jurisprudence de la Cour E.D.H. qui n'admet de restriction légale à la liberté d'expression que suffisamment constante, certaine, précise et prévisible. A ce sujet un débat jurisprudentiel s'est engagé entre la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Selon la juridiction du fond, en matière de presse, il convient, certes d'appliquer, mais de restreindre l'application des règles de droit commun aux comportements abusifs d'une certaine gravité ou portant atteinte à des intérêts fondamentaux¹⁴⁵. Selon la haute juridiction, la limitation du champ d'application de l'article 1382 C.c. en matière de presse ne peut être restreinte à certains cas limitativement énumérés et constitue un refus d'application de la loi¹⁴⁶. Cette position a été confirmée, sur renvoi, par la Cour d'appel de Versailles¹⁴⁷. Cependant la responsabilité civile de droit commun n'a pas vocation à protéger la présomption d'innocence. Si elle est, en principe¹⁴⁸, applicable en matière de presse, la responsabilité civile ne doit pas avoir pour effet d'éviter les courtes prescriptions édictées par les articles 65 et 65-1 de la loi du 29 juillet 1881¹⁴⁹. Ainsi, lorsqu'une action intentée dans le cadre de la responsabilité civile de droit commun a pour cause une allégation ou une imputation d'un fait précis portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne, le juge est tenu de requalifier l'action et le cas échéant de constater la prescription¹⁵⁰. Doit-on retenir une solution identique lorsqu'une action fondée sur la responsabilité civile aurait pu l'être sur l'article 9-1 C.c. ? Comme un auteur, il nous semble que « ce serait manifestement tenter de s'affranchir des règles procédurales destinées à protéger la liberté de la presse que de fonder une...action sur l'article 1382 du Code civil, simplement pour échapper aux règles de prescription »¹⁵¹, d'autant que l'article 9-1 C.c apparaît comme un texte spécial protégeant la présomption d'innocence. Il faut sans doute se rapporter au TGI de Paris estimant qu'il « ne peut être exclu

¹⁴⁴ Jean Carbonnier, Le silence et la gloire, D. 1951. Chron. 119.

¹⁴⁵ Paris, 19 nov. 1990, *Légipresse* n°79, p. 16.

¹⁴⁶ Cass. 2^{ème} civ. 5 mai 1993, D. 1994, somm. p. 194.

¹⁴⁷ Versailles, 17 mai 1995, D. 1997, somm. p. 73.

¹⁴⁸ Le TGI de Paris ne semble pas décidé à suivre la solution proposée par la Cour de cassation. En 1997, il retient qu'il « ne peut être exclu que...le régime général de la responsabilité civile, prévu à l'article 1382 du Code civil soit applicable en matière de presse et d'édition. C'est alors à la condition que la publication litigieuse constitue un abus de la liberté d'expression caractérisé soit par une dénaturation ou une falsification des faits, soit par une négligence grave dans la vérification des informations, traduisant un mépris flagrant pour la recherche de la vérité ou une intention malveillante ». TGI Paris, 29 oct. 1997, *Légipresse* 1998, I-25.

¹⁴⁹ On considère *a priori* que la prescription édictée par l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 ne concerne pas les actions basées sur la responsabilité civile et visant à réprimer une atteinte à la présomption d'innocence. La solution nous semble pourtant incertaine.

¹⁵⁰ Parmi de nombreuses décisions, Cass. 2^{ème} civ. 9 déc. 1999, *Légipresse* 2000, I-52.

¹⁵¹ Christophe Bigot, note précitée.

que, indépendamment des dispositions de la loi de 1881 ou des textes relatifs à la protection de la vie privée *et de la présomption d'innocence*, le régime général de la responsabilité civile, prévu par l'article 1382 du code civil, soit également applicable en matière de presse et d'édition »¹⁵². Ainsi, il est évident que l'article 1382 C.c. n'a qu'un intérêt résiduel voire nul pour les présumés innocents¹⁵³.

Mais en dehors de la presse, le principe de la responsabilité civile peut-il être un allié de la présomption d'innocence ? Une affaire récente particulièrement instructive, nous révèle le lien intime qui unit le droit à l'image à la présomption d'innocence¹⁵⁴. Elle concernait une cliente de supermarché dont le passage à la caisse avait déclenché un signal d'alarme antivol. Alerté, un agent de sécurité lui avait demandé d'ouvrir son sac et de lui remettre son manteau dans lequel il découvrit un cygne en plastique d'une valeur de cinquante francs. La cliente assigna la société exploitant le supermarché en dommages-intérêts en raison du traitement subi. Déboutée en première instance, elle obtint satisfaction devant la Cour d'appel. Celle-ci constate que le supermarché a violé l'article 73 du Code de procédure pénale qui autorise toute personne à appréhender l'auteur d'un crime ou d'un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement car il a porté atteinte à l'image de probité de l'intéressé en lui causant un déficit de considération et lui accorde 3000 francs au titre des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 C.c. Comme le remarque l'annotatrice, « ce qui était principalement reproché aux dirigeants du supermarché, c'était d'avoir procédé à la fouille en public, sans aucune discrétion, car ces circonstances étaient de nature à engendrer la méfiance voire le mépris des autres clients à l'égard de la cliente qui faisait l'objet de la fouille ». Ce droit à l'image aurait un double fondement, le droit à la dignité et le droit à la présomption d'innocence. Cette affaire montre la vocation générale de l'article 1382 C.c. à protéger l'image de la personne et à travers elle sa présomption d'innocence¹⁵⁵.

2) La prévention des atteintes à la présomption d'innocence

A bien des égards, la violation de la présomption d'innocence n'apparaît dangereuse pour le présumé innocent qu'au cas de publicité du forfait. Le champ d'application de l'article 29 de

¹⁵² TGI Paris, 29 oct. 1997, précité.

¹⁵³ Ceci nous semble encore plus vrai aujourd'hui car le champ d'application de l'article 9-1 alinéa 2 du Code civil vient d'être étendu par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000. Une atteinte à la présomption relève généralement de la diffamation ou (et) de l'article 9-1 alinéa 2 du Code civil.

¹⁵⁴ Cass. 2^{ème} civ. 1^{er} avril 1999, jurispr. p. 387, note Danièle Mayer. On peut signaler une jurisprudence reconnaissant le droit à l'image d'une personne détenue dans une prison. La juridiction retient que la privation de la liberté d'aller et venir n'implique nullement que l'image de la personne, en tant que détenue, soit exposée, sans son accord, aux regards des lecteurs, dans le seul intérêt commercial de l'entreprise. Paris, 29 novembre 1994, *Légipresse* 1994, III-176.

la loi du 29 juillet 1881 et celui de l'article 9-1 C.c en témoignent. La publicité du méfait conditionne l'application de ces deux textes. Par là, il faut comprendre que la violation de la présomption d'innocence n'a pas tant pour origine la faute en elle-même que sa publicité. Aussi, afin d'éviter la propagation de la nouvelle inexacte, le droit positif prévoit des mesures de contre-information et de manière plus énergique un contrôle de l'information à la source.

a) Les mesures de contre-information

Les mesures de contre-information visent à lutter contre les « campagnes de désinformation » qui présentent maladroitement les personnes aux prises avec la justice comme coupables des faits qui leur sont reprochés. Diverses ripostes juridiques sont possibles.

L'article 9-1 C.c. dont nous avons déjà fait mention et qui donne la possibilité au juge d'allouer des dommages-intérêts en cas de violation de la présomption d'innocence dispose que « lorsqu'une personne est, avant toute condamnation présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé...prescrire toutes mesures telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte ». Précisons que la possibilité d'insérer une rectification est une innovation de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000¹⁵⁶. Contrairement à l'article 9 C.c protecteur de la vie privée, l'article 9-1 C.c envisage la procédure de référé comme une procédure autonome, quasiment de droit commun puisque celle-ci n'est pas subordonnée à l'urgence. On avait fait remarquer que les limites de l'article 9-1 C.c pouvaient être aisément contournées, dans l'hypothèse où ses conditions d'application n'étaient pas réunies. Comme le notait un auteur en 1994, « lorsqu'une personne mise en cause estimera que les conditions du 2^{ème} alinéa de l'article 9-1 du Code civil risquent de ne pas être remplies, elle se placera sur le terrain de l'article 809 du Code de procédure civile »¹⁵⁷. En effet cet article libère des contraintes énoncées à l'article 9-1C.c puisqu'il dispose que « le président peut toujours même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Il est évident qu'une violation de la présomption d'innocence constitue bien souvent un trouble

¹⁵⁶ En réalité, elle ne fait que reprendre les termes de la loi du n°93-2 du 4 janvier 1993.

¹⁵⁷ Patrick Auvret, Le droit au respect de la présomption d'innocence, JCP G 1994, I, 3802.

manifestement illicite qui autorise le juge des référés à prescrire une mesure de contre-information. D'ailleurs, l'article 9-1 C.c disposait que les mesures ordonnées sur ce fondement l'étaient sans préjudice des autres mesures pouvant être prescrites en application du nouveau Code de procédure civile. La solution actuelle, à la lecture de la nouvelle rédaction de l'article 9-1 C.c issue de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 n'est pas assurée. Non seulement toute référence aux mesures prescrites en application du nouveau Code de procédure civile a disparu, mais le juge des référés semble désormais asseoir sa compétence exclusivement sur l'article 9-1 C.c puisqu'en vertu de cette article « ...le juge peut, même en référé, prescrire toutes mesures ». Les mesures évoquées expressément c'est à dire l'insertion d'une rectification et la diffusion d'un communiqué ne constituent qu'une liste indicative. Pourtant, il nous semble que la compétence générale d'attribution du juge des référés fondée sur l'article 809 NCPC conserve, encore aujourd'hui, son attrait et son importance pour les présumés innocents. Concernant les mesures de contre-information spécifiquement évoquées par l'article 9-1 C.c c'est à dire l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, elles ne sont pas limitées à « la publication concernée » comme le disposait l'ancien article 9-1 C.c. Le juge peut donc prescrire la publication d'un communiqué dans un périodique différent de celui qui est à l'origine de l'information. En outre, les termes « publications concernées » relevaient d'une rédaction maladroite, laissant supposer que seule la presse écrite était concernée à l'exclusion de la presse audiovisuelle¹⁵⁸. Soulignons que l'insertion ou la diffusion destinée à faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence se réalise au frais de la personne physique ou morale responsable de cette atteinte.

L'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 ne protège pas précisément la présomption d'innocence mais prévoit un droit de réponse pour toute personne nommée ou désignée dans un journal ou périodique lorsqu'elle a été mise en cause. La mise en cause, qui ne nécessite pas d'imputation malveillante ou d'appréciation défavorable, est certainement réalisée lorsque la personne est présentée comme coupable d'une infraction avant sa condamnation. L'intéressé, pour faire connaître ses explications ou ses protestations peut introduire une action en insertion forcée qui se prescrit après trois mois, à compter du jour où la publication a lieu, si le directeur de la publication ne fait pas droit à sa demande. De même, « toute personne nommée ou désignée dans un journal ou un écrit périodique, à l'occasion de poursuites pénales peut également exercer l'action en insertion forcée, dans le délai de trois

¹⁵⁸ Hélène Bureau, note précitée. Pour un exemple d'application de l'article 9-1 C.c à l'audiovisuel. TGI Paris, 7 juillet 1993 : JCP G 1994, II, 22306 note Dupeux et Bigot.

mois à compter du jour où la décision de non-lieu dont elle fait l'objet est intervenue et celle de relaxe ou d'acquiescement la mettant expressément ou non hors de cause est devenue définitive »¹⁵⁹. On remarquera le lien de filiation de cette disposition avec l'article 65-2, d'ailleurs issu de la même loi. En règle général, ce droit de réponse, n'exclut pas les autres mesures de contre-information. Par contre, « l'article 13 de la loi de 1881 ne s'applique pas aux services de communication audiovisuelle »¹⁶⁰ et reste limité aux écrits imprimés.

C'est l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982 qui accorde un droit de réponse à toute personne physique ou morale « dans le cas où des imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa considération aurait été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle ». La demande d'exercice du droit de réponse doit être présentée dans les trois mois suivant celui de la diffusion du message contenant l'imputation qui la fonde. Toutefois, à la manière le l'article 13 *in fine* et 65-2 de la loi du 29 juillet 1881, le délai est réouvert pour la même durée, « lorsqu'à l'occasion de poursuites pénales, ont été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle des imputations susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne physique ou morale »¹⁶¹.

Le Code de procédure pénale prévoit, quant à lui, deux dispositions aux articles 177-1 et 212-1 qui permettent aux juridictions d'instruction, juge d'instruction et chambre de l'instruction d'ordonner des publications judiciaires à la suite d'un non-lieu¹⁶². Ces dispositions ne sanctionnent pas une atteinte à la présomption d'innocence mais parent aux insuffisances de l'information. En effet, le public est souvent abondamment informé de la mise en cause d'une personne durant l'instruction. Inversement, un non-lieu est très souvent passé sous silence. Aussi, ces deux articles tentent de rétablir un équilibre. La publication judiciaire peut être demandée par le bénéficiaire du non-lieu ou avec son accord par le ministère public. Elle peut aussi être ordonnée d'office par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction avec l'accord de la personne concernée. Dans l'hypothèse où n'est pas fait droit à la demande, le juge d'instruction doit rendre une ordonnance motivée susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction. Quant à la chambre de l'instruction, elle doit rendre une décision motivée. Il appartient aux juridictions d'instructions conformément aux alinéa 2 des articles 177-1 et 212-1 de déterminer la teneur de la contre-information différée. Si le Code de procédure pénale est

¹⁵⁹ Article 13 dernier alinéa de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁶⁰ Paris, 27 nov. 1979 : DP 1980. 2. 155, note Nast.

¹⁶¹ Art. 6 alinéa 5 de la loi du 29 juillet 1982.

¹⁶² Ces deux dispositions ont été réformées par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000.

muet sur ce point, il semble que « les frais résultant de la publication sont à la charge de l'Etat »¹⁶³.

La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a ajouté un alinéa 2 à l'article 11 C.P.P. « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public ». A cette fin, « 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 mises en cause ».

Les garanties apportées par ces publications sont précieuses pour le présumé innocent puisqu'elles doivent rétablir la vérité judiciaire, à savoir l'absence de condamnation. Malheureusement elles sont insuffisantes car leur retentissement médiatique est moindre et le mal est souvent déjà fait. Les garanties véritables ne sont pas celles qui assurent une contre-information mais celle qui empêchent la diffusion de l'information préjudiciable.

b) Le contrôle préalable de l'information

En droit positif, le contrôle préalable de l'information est assuré par la procédure de référé qui permet un contrôle *a priori* de la liberté d'expression. « Plutôt que de laisser le mal se répandre ou produire tous ses effets, pratiquement irréparables, ne vaut-il pas mieux, comme c'est le cas avec l'action en référé, lorsqu'il apparaît très grave et évident, d'y mettre exceptionnellement et avec toutes les garanties d'une procédure judiciaire immédiatement un terme ? »¹⁶⁴. Le référé « de droit commun » est notamment institué à l'article 809 du NCPC qui autorise le président du tribunal, même en présence d'une contestation sérieuse, à prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Depuis la loi n°2000-516 du 15 juin 2000, l'article 9-1 C.c autorise le juge, même en référé, à prescrire toutes mesures aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence. Doit-on en conclure que le recours à l'article 809 du NCPC est désormais exclu pour les présumés innocents ? une réponse positive ne nous apparaît pas fondée car elle impliquerait, au préalable, une délimitation procédurale stricte de la notion d'atteinte à la présomption

¹⁶³ Circulaire générale du 1^{er} mars 1993.

¹⁶⁴ Emmanuel Derieux, Référé et liberté d'expression, JCP G, I, p. 413.

d'innocence. D'autant que le champ d'application des deux textes est fondamentalement différent. De plus l'article 9-1 C.c autorise le juge des référés à intervenir mais seulement « aux fins de faire cesser une atteinte à la présomption d'innocence » et non pas dans une perspective préventive comme le prévoit l'article 809 du NCPC. Cependant l'atteinte à la présomption d'innocence est envisagée par les tribunaux plutôt comme un trouble manifestement illicite que comme un dommage imminent. Par exemple, « provoque un trouble manifestement illicite l'atteinte portée par un ouvrage à la présomption d'innocence »¹⁶⁵. Quoiqu'il en soit, l'article 809 du NCPC conserve son intérêt pour les personnes alléguant une violation de leur présomption d'innocence et ne pouvant se prévaloir de l'article 9-1 C.c.

Le contrôle *a priori* de la liberté d'expression a été contesté par certains comme ne répondant pas au contrôle *a posteriori* soit-disant exigé par l'article 11 de la D.D.H.C. qui prévoit que « la 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 ». De même, la pertinence et le fondement réglementaire des dispositions du NCPC sont critiqués au regard de l'article 10§2 de la convention E.D.H. qui n'admet de restrictions à la liberté d'expression que prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique. Pourtant, les tribunaux n'ont pas hésité à se prononcer en référé dans cette matière. Le TGI de Paris a considéré que la procédure de référé était compatible avec l'article 10 de la convention E.D.H. car elle comportait « la faculté pour la victime d'obtenir par une procédure d'urgence la cessation du trouble et les mesures de remise en état indispensables »¹⁶⁶. La juridiction ajoute qu'en répondant à cet objectif légitime, « la procédure de référé...satisfait aux exigences de prévisibilité et de nécessité de la norme restrictive de la liberté d'expression ». L'application stricte de l'article 809 du NCPC à la liberté d'expression a cependant été contestée, notamment par la Cour d'appel de Paris, celle-ci relevant que « le respect du principe de valeur constitutionnelle de la liberté d'expression limite les pouvoirs du juge des référés d'apporter des restrictions à ce principe...aux seuls cas exceptionnels où aucune autre disposition n'apparaît de nature à protéger la personne visée contre une agression dont les conséquences seraient sans cette mesure, au moins en partie irrémédiables »¹⁶⁷. Pourtant la Cour de cassation avait auparavant considéré que « viole l'article 809 alinéa 1^{er}, en ajoutant au texte une condition qu'il ne

¹⁶⁵ Civ. 2^{ème}, 19 fév. 1992 : Bull. civ. II, n°61. TGI Paris, 13 oct. 1997, D. 1998, jurisp. p. 154. Paris, 6 avril 2000, Légipresse 2000, III-94.

¹⁶⁶ TGI Paris, 13 oct. 1997, D. 1998, jurisp. p. 154.

prévoit pas un arrêt, qui, pour refuser de prendre des mesures d'interdiction d'un film, relève que l'atteinte...ne constitue pas un trouble de gravité exceptionnelle, seul de nature à justifier des mesures restrictives de la liberté d'expression »¹⁶⁸.

En pratique, la violation de la présomption d'innocence, commandant l'intervention du juge des référés, résulte d'une diffamation. A cet égard, la Cour de cassation avait admis que « seules des mesures rapidement prononcées et nécessairement proches par leur nature d'une décision sur le fond, mais qui ont le caractère provisoire peuvent éviter que se développent les conséquences préjudiciables de la diffamation »¹⁶⁹. L'articulation de la diffamation avec cette procédure énergique qui permet au juge d'ordonner de multiples mesures tels que l'interdiction pure et simple d'un écrit ou d'une diffusion, des retraits généraux ou partiels, des reports de diffusion ou des avertissements donnés aux lecteurs, s'est posée en jurisprudence. Dans l'hypothèse où les faits incriminés constituent l'une des infractions définies par la loi du 29 juillet 1881, la saisine du juge des référés est-elle interdite ? La Cour d'appel de Paris a répondu par la négative¹⁷⁰. Le demandeur à l'action est-il contraint de respecter les formalités de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 relatives à la citation en justice lorsqu'il porte sa demande devant le juge des référés ? Dans la mesure où les faits s'analysent en une diffamation publique envers un ministre, l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881 qui porte interdiction à la juridiction civile de connaître de l'action civile en réparation d'un tel délit, fait-il obstacle à la compétence du juge des référés ? A ces deux questions, le TGI de Paris a répondu par la négative¹⁷¹. En réalité, il semble que « l'exigence d'une intervention judiciaire immédiate transcende tous les obstacles juridiques »¹⁷². Comme le retient le TGI de Paris, l'objet de la procédure de référé « tend seulement au prononcé des mesures provisoires immédiatement nécessaires pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite ». Pourtant, les dispositions de l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, qui accordent au prévenu de diffamation un délai de dix jours après la signification de la citation, pour faire l'offre de preuve des faits allégués, se sont révélées problématiques. La Cour de cassation avait estimé en 1992 qu'« aucune mesure ne peut être fondée en référé sur ce que les allégations d'un journal seraient d'évidence diffamatoires sans que le défendeur ait disposé d'un délai de 10 jours prévus à l'article 55 de

¹⁶⁷ Paris, 26 fév. 1992 : JCP G 1993. II. 22022, note Galloux.

¹⁶⁸ Civ. 1^{re}, 21 juillet 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. 577.

¹⁶⁹ Cass. 2^{ème} civ. 5 fév ; 1992, JCP G 1992, IV, 1009.

¹⁷⁰ Paris, 6 avril 2000, Légipresse 2000, III-94.

¹⁷¹ TGI Paris, 13 oct. 1997, précité.

¹⁷² Jean-François Burgelin, note sous TGI Paris, 13 oct. 1997, précité.

la loi du 29 juillet 1881 pour en rapporter la preuve »¹⁷³. Dans deux affaires médiatiques¹⁷⁴, l'une concernant la publication du livre « L'affaire Yann Piat, des assassins au cœur du pouvoir », l'autre la publication du livre « Autopsie d'une fraude électorale », le juge des référés a procédé en deux temps afin d'assurer un nécessaire équilibre entre la protection des droits de la personnalité et le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression assurée par les dispositions d'ordre public de la loi du 29 juillet 1881. Dans un premier temps, le juge des référés a fait immédiatement application des dispositions des articles 808 ou 809 du NCPC, lui permettant soit de prendre toutes mesures que justifie l'existence d'un différent soit de faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans un second temps, il a renvoyé à une audience ultérieure afin de préserver le respect des droits de la défense et l'esprit de la loi du 29 juillet 1881. Signalons enfin que dans un but protecteur de la liberté d'expression, la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a réintroduit un article 64 dans la loi du 29 juillet 1881 disposant que « lorsque ont été ordonnées en référé des mesures limitant par quelque moyen que ce soit la diffusion de l'information, le premier président de la Cour d'appel statuant en référé peut, en cas d'appel, arrêter l'exécution provisoire de la décision si celle-ci risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

¹⁷³ Cass. 2^{ème} civ. 5 fév. 1992, précité.

¹⁷⁴ TGI Paris, 13 oct. 1997, précité ; Paris, 6 avril 2000, précité.

B) Le droit d'informer des affaires judiciaires

Une protection parfaite de la présomption d'innocence à l'égard des spectateurs du procès pénal est un leurre car les textes dont nous avons fait mention ont un champ d'application limité, étant suspendus à un « fait générateur » : une déclaration de culpabilité. Or paradoxalement cet élément déclencheur est insuffisamment protecteur de la présomption d'innocence dès lors que ne peut être interdit aux particuliers et singulièrement aux journalistes de relater les procédures voire de traiter les affaires judiciaires.

1) Le droit de relater les procédures judiciaires

Les spectateurs du procès pénal peuvent-ils relater les procédures judiciaires ? Peuvent-ils exposer au grand jour les défauts de notre procédure pénale ? Ont-ils le droit de violer impunément et indirectement la présomption d'innocence ?

a) Les principes

Deux problèmes doivent être résolus.

Relater les procédures judiciaires, viole-t-il la présomption d'innocence ?

Expliquons nous. Par exemple, ne pas dire expressément d'une personne qu'elle est coupable mais informer qu'elle est mise en examen, c'est-à-dire qu'un juge protecteur de la liberté individuelle, par ailleurs conscient des éventuelles répercussions médiatiques de sa décision, a, après débat, estimé que des indices graves ou concordants rendaient vraisemblables, par elle, la commission d'une infraction, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence ? La réponse à cette question ne peut qu'être ambivalente. Elle doit être comprise à la lumière de nos développements sur les relations entretenues entre le présumé innocent et les acteurs du procès pénal. De fait, la violation de la présomption d'innocence est consommée. N'est-il pas avisé de conclure, *a fortiori* si un placement en détention provisoire est décidé par ailleurs, parce que la présomption d'innocence est un intervalle précaire et nécessairement réfragable, que cette personne est coupable ? De droit, la violation de la présomption d'innocence n'existe pas. Un mis en examen est présumé innocent et, très logiquement, le présenter comme tel ne viole pas la présomption d'innocence.

Une violation, en fait de la présomption d'innocence peut-elle fonder une interdiction de relater les procédures judiciaires ?

Pour deux raisons, la réponse doit être négative. La première raison est purement logique. Par exemple condamner pour violation de la présomption d'innocence un journaliste qui n'a fait que rendre compte d'une mise en examen, viole la présomption d'innocence. En effet, il est absurde de reconnaître formellement le procès comme seul capable de renverser la présomption d'innocence et ensuite de condamner pour violation de la présomption d'innocence, le simple informateur d'une mise en examen. La seconde raison est juridique. Le droit de relater les procédures judiciaires est fondé sur une « super liberté » (Louis Favoreu), sur un droit fondamental de notre système juridique : la liberté d'expression.

La liberté d'expression est protégée au niveau constitutionnel par l'article 11 de la D.D.H.C. qui dispose que « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme ». Le principe du droit à la libre expression est mis en avant par plusieurs textes législatifs et notamment la loi du 29 juillet 1881 qui dispose à son article 1^{er} que « l'imprimerie et la librairie sont libres » et la loi du 30 septembre 1986 qui dispose, elle aussi, à son article 1^{er} que « la communication audiovisuelle est libre ». Au niveau conventionnel, l'article 10 de la convention E.D.H. stipule que « Toute personne a droit à la liberté d'expression ». Ce droit ne peut être soumis à certaines formalités, conditions ou sanctions que prévues par la loi, nécessaires dans une société démocratique et poursuivant un des buts légitimes énumérés à l'article 10§2. La Cour E.D.H a par ailleurs jugé que la nécessité d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression devait être établie de manière convaincante¹⁷⁵.

La limitation des mesures protectrices de la présomption d'innocence n'est donc pas un égarement du droit positif. La violation, en fait, de la présomption d'innocence ne peut fonder l'interdiction de relater les procédures judiciaires. Au contraire, relater les procédures judiciaires apparaît aujourd'hui comme un droit.

b) Les solutions pratiques

Les deux problèmes théoriques que nous venons d'aborder se traduisent en pratique. Si toute procédure pénale est déjà un symptôme de culpabilité et viole *ipso facto* la présomption d'innocence peut-on interdire de relater les procédures judiciaires ? A supposer une réponse

négative, l'interdiction peut-elle trouver son fondement dans une autre disposition, particulièrement le secret de l'instruction ?

Relater une procédure pénale ne viole pas en droit la présomption d'innocence du présumé innocent mais trahit en fait sa culpabilité. Devant ce dilemme, comment les tribunaux ont-ils réagi ? Fallait-il statuer en droit ou en fait ?

Relativement à l'article 9-1 C.c, interdisant de présenter publiquement une personne comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction, la jurisprudence a répondu clairement. Dans l'affaire qui amena la Cour de cassation à formuler sa position de principe, la Cour d'appel de Rouen avait à se prononcer sur une ordonnance de référé prise par un magistrat du Tribunal de grande instance de Dieppe sur le fondement de l'article 9-1 C.c après qu'un journaliste ait publié des articles relatifs aux circonstances d'une affaire ainsi qu'à la mise en examen de deux individus¹⁷⁶. Pour infirmer l'ordonnance, la juridiction retient que l'on ne peut reprocher à un journaliste de la presse écrite d'avoir porté à la connaissance du public les circonstances dans lesquelles s'inscrivent nécessairement les indices graves et concordants qui ont déterminé la mise en examen dès lors que les articles parus ne comprennent aucun développement présentant les intéressés comme confondus par les éléments d'investigation réunis par les journalistes, ni aucune considération de droit ou de fait posant en préalable que la culpabilité des intéressés ait déjà été établie. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé et affirme que « l'atteinte à la présomption d'innocence contre laquelle l'article 9-1 C.c. instaure une protection consiste à présenter publiquement comme coupable, avant condamnation, une personne poursuivie pénalement »¹⁷⁷. Par ailleurs, la Haute juridiction retient que des écrits qui ne contiennent pas de conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité, ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence.

Dans la lignée de cette décision, se dessine un courant en jurisprudence. Dès lors que celui qui s'est exprimé sur l'enquête ou l'instruction n'a pas préjugé de la culpabilité du mis en cause mais a simplement relaté objectivement et sans aucun parti pris, la présomption d'innocence n'est pas violée. Par exemple « Un article de presse qui constitue le récit d'une enquête policière, qui fait état des dénégations farouches des mis en cause, qui ne présente pas publiquement les demandeurs comme coupable avant condamnation...mais laisse augurer au contraire d'un difficile débat de fond, et qui ne cherche pas à persuader les lecteurs de la

¹⁷⁵ Sunday times c/ Royaume-Uni, 26 avril 1979, Série A n°30.

¹⁷⁶ Rouen, 20 sept. 1993, JCP G 1994, II, n°22036, note C. Bigot et J.-Y. Dupeux.

culpabilité des demandeurs, ne peut être considéré comme ayant porté atteinte à la présomption d'innocence »¹⁷⁸. Par contre, si l'intéressé a communiqué aux lecteurs ou aux téléspectateurs sa conviction de la culpabilité, par l'emploi de l'indicatif ou par l'absence de réserve d'expression, le droit est violé. Par exemple un article qui ne se borne pas à faire état de la mise en examen d'une personne mais souligne le crédit qui doit être donné à l'accusation en indiquant que les déclarations reproduites « font froid dans le dos » et insiste sur la gravité de l'affaire en renforçant l'impression manifeste de culpabilité de l'intéressé, présenté comme figurant au nombre des personnalités « tombées au champ du déshonneur public, viole la présomption d'innocence »¹⁷⁹. Cette jurisprudence n'intéresse pas que l'article 9-1 C.c, elle concerne aussi le délit de diffamation.

Pourtant, certaines décisions dissidentes retiennent une violation de l'article 9-1 C.c ou une violation de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 lorsque des journalistes ne font que porter à la connaissance du public les dernières évolutions, les derniers soubresauts d'une procédure pénale et en ne présentent pas l'intéressé comme coupable avant condamnation. Le TGI de Paris considérait en 1993 que « l'imputation d'une mise examen porte incontestablement atteinte à l'honneur et à la considération de la personne visée, en ce qu'elle implique la commission d'une infraction »¹⁸⁰. La même juridiction admettait récemment qu'imputer « à quelqu'un d'être poursuivi devant une juridiction pénale est une allégation qui porte atteinte à son honneur et à sa considération, et revêt donc un caractère diffamatoire »¹⁸¹. Ces décisions marquent, encore une fois les difficultés d'intégration de la diffamation dans le droit de la présomption d'innocence. Mais dans le cadre d'un contentieux sur l'application de l'article 9-1 C.c, la Cour d'appel de Montpellier a considéré que présenter comme indubitable la comparution d'une personne devant la Cour d'assises et ne présenter aucune réserve ni nuance sur l'incrimination pénale envisagée par le ministère public alors que l'intéressé n'était au moment de la publication qu'en garde à vue, viole la présomption d'innocence¹⁸². Ces décisions sont instructives. Comment l'affirmation de la comparution d'un individu devant un tribunal pourrait-elle porter atteinte à la présomption d'innocence ou constituer une diffamation si cette comparution ne traduisait pas un certain degré de culpabilité ? Ces décisions accréditent la thèse selon laquelle la justice pénale est bien plus continue et graduelle, que ne le laisse penser la dichotomie juridique innocence/culpabilité instaurée par

¹⁷⁷ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 1996, D. 1997, sommaires commentés, p. 72.

¹⁷⁸ TGI Paris, 15 oct. 1997, L'Égipresse 1998, I-37.

¹⁷⁹ Pour un exemple : TGI Paris, 27 mai 1998, L'Égipresse 1998, I-150.

¹⁸⁰ TGI Paris, 10 déc. 1993, Droit pénal, n°132, p.8.

¹⁸¹ TGI Paris, 10 déc. 1999, L'Égipresse 2000, I-68.

¹⁸² Montpellier, 7 avril 1997, L'Égipresse, I-22.

le procès. Pourtant, suite à l'arrêt de la Cour de Montpellier, la Cour de cassation a cassé la décision en considérant « qu'en se déterminant ainsi, alors que l'écrit litigieux ne contenait pas de conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 9-1 C.c) »¹⁸³. Cette dernière solution est en conformité avec le formalisme et l'orthodoxie juridique.

Si la présomption d'innocence ne peut fonder l'interdiction de relater les procédures judiciaires, le principe du secret de l'instruction, lui, le peut-il ?

Le principe du secret des enquêtes et des instructions commande, aujourd'hui, le déroulement des recherches policières et judiciaires. Historiquement, il est issu de la procédure inquisitoire, procédure apparue postérieurement à la procédure accusatoire à la fin de l'époque romaine et réactivée par les juridictions ecclésiastiques au 13^{ème} siècle. « Dans un système inquisitoire, on estime nécessaire de préserver le secret d'une enquête afin que la personne soupçonnée ne puisse organiser sa défense comme on organise son insolvabilité »¹⁸⁴. Aujourd'hui encore, le secret des enquêtes et des instructions est censé préserver l'efficacité et la célérité des investigations au détriment des droits de la défense.

L'article 11 du Code de procédure pénale dispose que « 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 ». Ainsi, viole le secret de l'instruction, le magistrat instructeur auteur de révélation de faits relatifs à une instruction en cours même si les faits relatés avaient déjà fait l'objet de divulgation¹⁸⁵. Pareillement, lorsque l'instruction est terminée et que le prévenu comparait devant le tribunal, le juge d'instruction peut être entendu comme témoin sur des faits relatifs à cette procédure, mais ne peut, sous peine de violer le secret de l'instruction, révéler des faits objet d'une autre procédure¹⁸⁶. Les policiers sont, eux aussi, tenus au secret. Par exemple, les dispositions de l'article 11 C.P.P. sont applicables aux agents de police ou aux fonctionnaires des services de l'identité judiciaire¹⁸⁷. Les autorités publiques qui ne concourent pas à la procédure ne sont pas soumises au secret de l'instruction mais l'article 6§2 de la convention E.D.H. qui « ne saurait empêcher (ces autorités) de renseigner le public sur les enquêtes

¹⁸³ Cass. 19 oct. 1999, *Légipresse* déc. 1999, III.

¹⁸⁴ Patrick Auvret, *Le journalise, le juge et l'innocent*, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 625.

¹⁸⁵ Rennes, 7 mai 1979 : *JCP G* 1980. II. 19333, note Chambon.

¹⁸⁶ *Crim.* 5 nov. 1903 : *DP* 1904. I. 25, note Le Poittevin.

¹⁸⁷ *Crim.* 14 mars 1962 : *Bull. crim.* n°134. *Crim.* 13 mai 1991 : *Bull. crim.* n°200.

pénales en cours, requiert qu'elles le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande la présomption d'innocence »¹⁸⁸.

Par ailleurs, le principe du secret de l'instruction cantonne strictement la publicité des audiences durant l'instruction puisqu'il justifie le rejet d'une demande d'audience publique devant le juge des libertés et de la détention et devant la chambre de l'instruction quand « la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction » (art. 145 al. 4 et 199 al. 2 C.P.P.). Pourtant l'incrimination de violation du secret de l'instruction ne concerne que les personnes qui concourent à la procédure. Les journalistes, qui ne concourent pas à la procédure, peuvent donc librement relater les procédures au stade de l'enquête et de l'instruction. « Ne sont tenues au secret de l'instruction que les personnes qui concourent à la procédure ; tel n'est pas le cas des journalistes quel que puisse être l'approfondissement de leurs investigations »¹⁸⁹. Le droit de relater les procédures judiciaires est rendu possible, en droit positif, à travers diverses dispositions qui assurent la publicité des débats. Les articles 306, 400, 512 et 535 du Code de procédure pénale posent le principe de la publicité des débats. Ce principe ne peut être contourné que pour de très sérieuses raisons tel qu'un danger pour l'ordre public ou pour les mœurs justifiant de procéder à huis clos car il n'est pas seulement une garantie pour le justiciable, il en est également une pour le juge dont il assure l'autorité. Signalons toutefois que les audiences ne peuvent être filmées¹⁹⁰. Contrairement aux audiences de jugement, les audiences se déroulant durant l'instruction ne sont pas publiques puisque « la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ». Aujourd'hui, cette règle est contestée. Devant le juge des libertés et de la détention lorsqu'un placement en détention provisoire est envisagé (art. 145 al. 4 C.P.P.) ou devant la chambre d'accusation (art. 199 al. 2), « si la personne majeure mise en examen ou son avocat en fait la demande..., le débat...a lieu en audience publique ». Le recul du secret traduit une amélioration du sort des présumés innocents car la publicité est indéniablement la garantie d'une bonne justice. Cependant, si la publicité des débats est indéniablement la garantie d'une bonne justice bénéfique au présumé innocent, n'est-elle pas le vecteur des atteintes à la présomption d'innocence puisqu'elle expose, au grand jour, les défauts de notre procédure pénale ? Ce problème nous révèle l'ambiguïté de la publicité des procédures pénales, certes facteur de protection de la présomption d'innocence mais aussi facteur de violation de cette présomption. Voilà pourquoi la publicité des audiences durant l'instruction n'est pas de droit

¹⁸⁸ Cour. E.D.H. Allenet de Ribemont c/ France du 7 août 1996, A 308, Berger 698.

¹⁸⁹ TGI Nancy, 11 oct. 1994, *Légipresse* 1994, n°119, I, p.24. Comme les journalistes, la partie civile ne concourt pas à la procédure. *Crim.* 9 oct. 1978 : D. 1979, IR. 118.

et reste suspendue à la demande de la personne mise en examen. Voilà pourquoi le secret de l'instruction est, en un sens, reconnu comme un allié de la présomption d'innocence. Cette situation est paradoxale car le secret de l'instruction, dans la procédure inquisitoire, préjudicie aux droits de la défense.

La liberté de rendre compte des procédures est-elle sans limite ? Non, quelques dispositions parcellaires empêchent la reproduction servile dans la presse de pièces d'une procédure pénale. D'autres protègent la dignité des personnes mises en cause par la justice.

Comme nous l'avons dit, le secret de l'instruction ne concerne ni la partie civile ni les journalistes. La jurisprudence a pourtant élargi la répression par l'intermédiaire du délit de recel de violation du secret de l'instruction. Sur ce point, la Cour de cassation a rappelé que seule une chose et non une information pouvait être susceptible de recel¹⁹¹. Pour condamner des journalistes de ce chef, la Haute juridiction a retenu qu'il importait peu que les circonstances du délit, dont provenait l'objet n'aient pas été entièrement déterminées, dès lors que l'existence du délit était constaté par les juges du fond et que les prévenus avaient connaissance de l'origine délictueuse des documents, par eux, détenus¹⁹². Cependant, quand rien ne permet d'exclure l'hypothèse d'une simple transmission orale des informations en cause par des personnes non soumises au secret de l'instruction comme le mis en examen ou le témoin, la relaxe s'impose. « En l'absence de tout élément prouvant que le journaliste tenait ses informations du juge d'instruction, il y lieu de relaxer ce dernier de violation du secret de l'instruction »¹⁹³.

Par ailleurs, l'article 2 de la loi du 2 juillet 1935 interdit de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de parties civiles en application de l'article 85 C.P.P. De même, la loi sur la presse édicte des interdictions. Selon l'article 38 alinéa 1^{er} « il est 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 ». Cette disposition a été l'occasion d'une application récente après la publication par le journal « Libération » d'un article reproduisant plusieurs extraits de procès verbaux d'audition et d'interrogatoire d'une personne mise en examen ainsi que la conclusion d'un rapport d'expertise¹⁹⁴. L'article 38

¹⁹⁰ Sous réserve de l'article 1^{er} de la loi n°85-699 du 11 juillet 1985 autorisant l'enregistrement audiovisuel ou sonore quand cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice.

¹⁹¹ Crim. 3 avril 1995 : Bull. crim. n. 142 ; JCP G 1995, 22429, note Derieux.

¹⁹² Crim. 13 mai 1991, précité.

¹⁹³ TGI Paris, 18 janvier 2000, Légipresse 2000, I-46.

¹⁹⁴ Crim. 22 juin 1999, Droit pénal février 2000, p. 16. Pour une autre application récente : TGI Paris, 28 juin 1999, Légipresse 2000, I-135.

alinéa 3 qui interdisait la publication par tous moyens des circonstances d'un crime et d'un délit, après avoir été déclaré contraire à l'article 10 de la convention E.D.H. par la Cour d'appel de Paris¹⁹⁵, a été abrogé par la loi du n°2000-516 du 15 juin 2000.

Deux nouveaux délits ont été instaurés par cette loi aux articles 35 *ter* I et 35 *quater* de la loi du 29 juillet 1881, afin de préserver, non pas la présomption d'innocence, mais la dignité de personnes impliquées dans des procédures pénales. Ainsi, il est désormais interdit de réaliser sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître soit que cette personne porte des menottes ou entraves soit qu'elle est placée en détention provisoire. Est aussi prohibé la diffusion par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit lorsque cette production porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière. Ces deux délits sont punis de 100 000 francs d'amende.

2) Le droit de traiter les affaires judiciaires ?

Si les spectateurs du procès peuvent indubitablement, sous quelques réserves, rendre compte des procédures pénales, peuvent-ils se substituer à la justice ? la devancer ? la contredire ?
Peuvent-ils, impunément, violer ouvertement la présomption d'innocence ?

a) Les principes

Afin de devancer ou de contredire la justice pénale, les particuliers et singulièrement les journalistes disposent-ils du droit d'enquêter ? Ce droit n'est inscrit expressément dans aucun texte. Cependant, à la lumière d'un avis non publié de la Cour E.D.H. datant du 23 octobre 1981, le droit de rechercher des informations serait tacitement inclus dans l'article 10¹⁹⁶. D'ailleurs, selon un auteur, « le texte (de l'article 10) se suffit à lui-même. Comment en effet recevoir et communiquer des informations et des idées si les autorités publiques peuvent également faire obstacle à leur libre recherche : supprimer la liberté de rechercher des informations et les idées, c'est évidemment paralyser le droit de les recevoir et de les

¹⁹⁵ Paris, 18 septembre 1997, D.1998, somm. 83.

¹⁹⁶ F. Hondius, La liberté d'expression et d'information en droit européen, Conseil de l'Europe, 1984, p. 5.

communiquer »¹⁹⁷. La liberté d'enquêter est assurée pour les journalistes par le droit au secret des sources : « qui cite ses sources les tarit »¹⁹⁸. L'article 109 C.P.P prévoit que « tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine ». Quant à la Cour E.D.H., très protectrice de la presse, qui selon elle joue un rôle éminent dans une société démocratique, « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse »¹⁹⁹.

Mais comment les spectateurs du procès peuvent-ils devancer la justice sans violer son indépendance ? Assurément, les spectateurs ne peuvent, sans violer l'indépendance de la justice, présenter un présumé innocent comme coupable ou innocent avant condamnation, sauf à considérer deux justices indépendantes (celle des acteurs et celle de spectateurs) ou à déconsidérer celle des spectateurs.

De plus, comment les spectateurs du procès peuvent-ils devancer ou contredire radicalement la justice pénale en présentant un présumé innocent comme coupable sans violer la présomption d'innocence ? Assurément les spectateurs ne peuvent, sans violer la présomption d'innocence, présenter comme certaine la culpabilité d'un homme alors que l'affaire est pendante devant un tribunal, si la présomption d'innocence signifie que tout homme n'est pas coupable tant qu'il n'a pas été jugé coupable par un tribunal. A la limite (et en théorie), si l'on considère la présomption d'innocence comme une période autonome qui ne se confond ni avec l'innocence ni avec la culpabilité, présenter un présumé innocent comme innocent avant qu'il n'ait été jugé, viole la présomption d'innocence !

Il faut en réalité repenser le problème à la lumière d'autres considérations et spécialement une : l'artificialité de la présomption d'innocence. Le présumé innocent, n'est juridiquement ni coupable ni innocent or il est réellement coupable ou innocent. Les spectateurs, avant que la justice ne se prononce dans des délais parfois très longs puisque la présomption d'innocence ne s'éteint que par un jugement irrévocable, n'ont-ils pas droit à la vérité ? n'ont-ils pas le droit de dire la vérité ? n'ont-ils pas le droit de connaître la vérité ? De même, après que la justice se soit prononcé n'ont-ils pas droit, au nom de la vérité, de contredire la vérité judiciaire parce que, d'un sens, condamnation et culpabilité ne se recourent pas forcément

200?

¹⁹⁷ R. Pinto. Cité par Gérard Cohen-Jonathan, la convention E.D.H. article par article, p. 374.

¹⁹⁸ Formule d'Emmanuel Derieux, Secret des sources d'information, L'Égipresse 2000, III-12.

¹⁹⁹ CEDH, 27 mars 1996, Affaire Goodwin c/ Royaume-Uni, L'Égipresse n°132-III, p. 70, note Derieux.

²⁰⁰ Notamment en raison du principe de l'opportunité des poursuites.

La liberté d'expression permet-elle, avant ou après le procès, de contredire la vérité judiciaire ? La réponse est incertaine car si cette liberté d'expression est un des droits les plus précieux de l'homme, elle n'est pas absolue. L'article 10§2 de la convention E.D.H. stipule que la liberté d'expression peut être restreinte afin d'assurer la protection de la réputation ou des droits d'autrui ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Or, nous l'avons dit, présenter un présumé innocent comme coupable avant condamnation est répréhensible et réprimé en droit positif. Pourtant, peut-on condamner un individu au nom de l'abus du droit de s'exprimer lorsque, tous les éléments produits au débat laissent penser qu'il dit la vérité ? Le problème est épineux. Il l'est encore plus si l'on considère que les spectateurs du procès ont un droit à la vérité. N'ont-ils pas droit à l'information ? Le droit à l'information suppose que « soit porté librement à la connaissance du public tout fait qui présente un intérêt pour la vie collective »²⁰¹

Le droit à l'information n'est pas expressément reconnu au sein du bloc de constitutionnalité même si le Conseil constitutionnel a consacré directement la valeur constitutionnelle de la liberté de communication²⁰². Comme le note un auteur, « dans la conception libérale on s'est contenté pendant longtemps de mettre l'accent sur la libre diffusion mais la seule raison de l'émission c'est d'être reçue »²⁰³. « Or la liberté de la presse prend nécessairement la forme du devoir de renseigner l'opinion publique sur les faits de société et la vie collective »²⁰⁴. C'est davantage le système européen de protection qui consacre ce droit et entend la liberté de la presse comme le droit à l'information du public. L'article 10 de la convention E.D.H. reconnaît que le droit à la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées » et la Cour estime que parallèlement à la fonction des médias consistant à communiquer les informations, « s'ajoute le droit du public d'en recevoir »²⁰⁵. Ainsi, la Cour E.D.H. affirme qu'il incombe aux médias « de communiquer des informations et les idées sur les questions dont connaissent les tribunaux comme sur celles d'autres secteurs d'intérêt public »²⁰⁶. L'importance de l'information du public qui, civilement, borne le droit au respect de la vie privée est rappelée par certaines juridictions. Le TGI de Nanterre affirmait en 1997 que « la protection instituée par l'article 9 du code civil peut être limitée par les nécessités de l'information du public sur

²⁰¹ Patrick Auvret, Droit du public à l'information, Légipresse 2000, II-33.

²⁰² Cons. const. 27 juillet 1982, n°82-141 DC : Rec. Cons. const. 48.

²⁰³ Gérard Cohen-Jonathan, La C.E.D.H. article par article, article 10, p. 365.

²⁰⁴ Patrick Auvret, précité.

²⁰⁵ Arrêt Lingens du 8 juillet 1986, Série A n°103.

²⁰⁶ Arrêt Sunday times, précité.

un événement d'actualité »²⁰⁷. Par contre, « la publication de faits relatifs à la vie privée...qu'aucun événement d'actualité ne rend légitime est fautive »²⁰⁸. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles reconnaissait que « les besoins de la légitime information du public autorise...la presse à faire état des faits qui relèvent normalement de la sphère de l'intimité de la vie privée mais qui se trouvent étroitement associés à un événement d'actualité »²⁰⁹.

L'impérieuse nécessité d'informer le public, notamment dans les affaires de santé publique, ne légitime-t-elle pas dans certaines hypothèses, une atteinte à la présomption d'innocence ? En résumé, le droit à la libre expression et à l'information permettent-ils de contrevenir à la présomption d'innocence et le cas échéant à l'indépendance du pouvoir judiciaire ? Si oui, à quelles conditions ?

b) Les solutions pratiques

Les spectateurs du procès et singulièrement les journalistes peuvent-ils devancer la justice ou même la contredire ? les tribunaux répondent, en principe, par la négative non seulement pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire mais aussi pour défendre la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

La Cour E.D.H. s'est prononcée à plusieurs reprises sur la compatibilité du droit à la libre expression et du droit à l'information avec le droit de garantir l'indépendance et l'autorité du pouvoir judiciaire.

Dans l'affaire *Sunday times* de 1979²¹⁰, l'absorption d'un médicament par des femmes enceintes fut la cause de graves malformations de leurs enfants à la naissance. Alors que le fabricant et le distributeur étaient poursuivis en justice par les parents, le journal *Sunday times* prépara un dossier très complet qui fut interdit à la publication par application de la notion de *contempt of Court* car il amenait le public à préjuger de l'issue de l'affaire judiciaire en cours. Dans l'affaire *Observer et Guardian*²¹¹, les autorités ordonnèrent l'interdiction provisoire de ne pas publier d'informations issues du livre *Spycatcher* afin de protéger les droits de l'Attorney Général dans sa position de plaideur en attendant le procès au fond, lequel visait le grief de divulgation d'informations confidentielles. Dans ces deux espèces, la

²⁰⁷ TGI Nanterre, 13 janvier 1997, *Légipresse* 1997, I-107.

²⁰⁸ TGI Nanterre, 20 oct. 1999, *Légipresse* 2000, I-46.

²⁰⁹ Versailles, 9 mars 2000, D. 2000, I.R.

²¹⁰ Cour E.D.H. 26 avril 1979, Série A n°30.

Cour E.D.H. a approuvé la position des autorités britanniques en se fondant sur la nécessaire garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

A propos de l'affaire Worm, la Cour E.D.H a certes considéré²¹² que « les restrictions à la liberté d'expression autorisées au § 2 de l'article 10 pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ne permettent pas aux Etats de limiter toutes les formes de débat public sur des questions en cours d'examen par les tribunaux...Les comptes rendus de procédures judiciaires, y compris les commentaires contribuent à...faire connaître (les questions dont connaissent les tribunaux) et sont donc parfaitement compatibles avec l'exigence de publicité de l'audience énoncée à l'article 6§1 de la convention...Cependant, comme tout un chacun, les personnalités connues, sont en droit de bénéficier d'un procès équitable...Les journalistes doivent s'en souvenir qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours, car les limites du commentaires admissibles peuvent ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice pénale ». Par ailleurs la Cour reconnaît la place centrale occupée par l'article 6, qui consacre le principe primordial de la prééminence du droit et remarque que les Etats contractants sont en droit de tenir compte de considérations se rapportant à la protection du rôle fondamental des tribunaux dans une société démocratique. Enfin, la Cour retient que « si l'on s'habitue au spectacle de pseudo-procès dans les médias, il peut en résulter, à long terme, des conséquences néfastes à la reconnaissance des tribunaux comme les organes qualifiés pour juger de la culpabilité ou de l'innocence quant à une accusation en matière pénale ».

Le Code pénal, quant à lui, réprime « la publication, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou les décisions des juridictions d'instructions ou de jugement »²¹³. Il réprime aussi « le fait de chercher à jeter le discrédit, publiquement, par actes, paroles, écrits ou images de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance »²¹⁴. L'article 35 *ter* II issu de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000, punit désormais soit le fait de publier ou de commenter un sondage d'opinion, ou tout autre consultation, portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une

²¹¹ Cour E.D.H. 26 novembre 1991, Série A, n°216.

²¹² CEDH, 29 août 1997, Worm c/ Autriche, Légipresse 1997, III-154.

²¹³ Art. 434-16 alinéa 1^{er} du Code pénal.

²¹⁴ Art. 434-25 du Code pénal.

procédure pénale ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre soit le fait de publier des indications permettant d'avoir accès à ces sondages ou consultations.

Ces textes et décisions sanctionnent l'influence abusive des médias sur le fonctionnement de la justice. Mais plus que le contenu de l'information, c'est sa portée qui est sanctionnée.

Par contre, l'atteinte à la présomption d'innocence devrait être constituée dès lors qu'un individu est présenté comme coupable avant condamnation. L'article 9-1 C.c n'est pourtant applicable qu'au cas de présentation publique. Mais l'atteinte à la présomption d'innocence prévue à l'article 9-1 C.c est difficilement conciliable avec la liberté d'expression ou le droit à l'information qui ne peuvent paralyser son application car « l'atteinte s'appréciant à la date de la publication, elle n'est pas susceptible d'être rétroactivement effacée par l'éventuelle condamnation ultérieure de la personne mise en cause »²¹⁵. Cette remarque ne vaut pas pour la diffamation car l'exception de bonne foi ou de vérité peut toujours être rapportée. D'ailleurs, précision importante, il semble désormais possible au prévenu de diffamation de prouver sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires en produisant devant le tribunal des pièces obtenues en violation du secret de l'instruction car « le principe supérieur, de valeur constitutionnelle, des droits de la défense doit conduire à admettre que la libre production, dans un procès, de pièces écrites, dès lors qu'elles ne sont pas étrangères à la cause, est tout aussi essentielle que la liberté de parole...En outre, l'application du principe du droit à la liberté d'expression...exige également de permettre au journaliste d'accomplir sa mission, et de pouvoir en répondre, le cas échéant, devant le tribunal sans s'exposer à une poursuite du fait de l'exercice de sa défense »²¹⁶.

L'exception de bonne foi est un fait justificatif qui permet au prévenu, souvent journaliste, d'échapper à une condamnation pénale lorsqu'il établit, que par ses allégations ou imputations, il a poursuivi un but légitime, étranger à toute animosité personnelle, qu'il a écrit ou parlé en se conformant à un certain nombre d'exigences et notamment le sérieux de l'enquête et la prudence dans l'expression. La légitimité du but poursuivi et le sérieux de l'enquête permettent-ils de devancer les tribunaux et de présenter comme coupable une personne non condamnée ? La réponse est en principe négative.

Selon la Cour de cassation « le droit d'informer le public défini par l'article 10 de la convention E.D.H. ne saurait justifier une diffamation dès lors que cette disposition assortit la

²¹⁵ TGI Paris, 25 janvier 1999, *Légipresse* 2000, I-70.

liberté de devoirs parmi lesquels figure la protection de la réputation et des droits d'autrui »²¹⁷. Le TGI de Paris a jugé, quant à lui, que « lorsque des journalistes ou des écrivains font le choix de porter sur la place publique les éléments d'une procédure judiciaire en cours, sans attendre le résultat de celle-ci, il doivent s'entourer de précautions particulières analogues à celles qui dictent la démarche du juge lui-même, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en cause des particuliers...sous peine de porter gravement atteinte à la présomption d'innocence et de compromettre irrémédiablement l'honneur et la considération d'autrui »²¹⁸. En calquant la démarche des journalistes sur celle du juge, la juridiction cantonne strictement la liberté d'expression. Pourtant la jurisprudence est indécise car l'extrême vivacité du ton ou des inexactitudes n'empêchent pas l'admission de la bonne foi si l'intérêt social de l'information emporte la conviction du juge²¹⁹. A propos de « l'affaire du sang contaminé » la Cour d'appel de Paris retient que le journaliste avait le devoir d'informer le public, celui-ci étant en droit de connaître le résultat des investigations²²⁰. Selon la Cour, c'est la constatation de ce motif légitime qui emporte la disparition de l'exigence de prudence dans l'expression et autorise la relaxe du journaliste prévenu de diffamation. Plus radicalement, à propos d'une intrigue de réseaux internationaux de blanchiment de l'argent de la drogue, la même juridiction affirme que « compte tenu de la gravité des faits et de leur importance particulière, le fait justificatif de la bonne foi n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans l'expression de la pensée »²²¹. Mais la bonne foi est nécessairement subordonnée à une enquête sérieuse du journaliste car « le premier devoir de la profession réside dans la vérification des informations »²²². Dans « l'affaire du sang contaminé » déjà évoquée, la Cour d'appel de Paris, pour relaxer le prévenu, retient qu'il s'est incontestablement livré à une enquête minutieuse et approfondie. De même, « le bénéfice de la bonne foi doit être accordé au journaliste qui a produit de très nombreux documents établissant que son enquête, mettant en cause les activités d'un banquier suisse, a été sérieuse et minutieuse »²²³.

L'exception de vérité, comme la demande de sursis à statuer visant à attendre le résultat d'une autre procédure judiciaire pour apprécier la culpabilité du prévenu, est pratiquement systématiquement rejetée par les tribunaux car la preuve de la vérité doit être complète,

²¹⁶ TGI Paris, 2 octobre 1998, *Légipresse* 1998, III-152. Voir aussi « l'affaire du Canard enchaîné » et la décision de la Cour E.D.H le 21 janvier 1999. *Légipresse* 1999, II-34.

²¹⁷ Crim. 6 oct. 1992, *Gaz. Pal.* 19-20 mars 1993, p. 27.

²¹⁸ TGI Paris, 21 nov. 1997, *Droit pénal* février 1998, *Chronique*, p. 7.

²¹⁹ Paris, 5 déc. 1989 : *D.* 1990. IR. 3.

²²⁰ Paris, 14 déc. 1993, *D.* 1995, *sommaires commentés* p. 272.

²²¹ Paris, 10 mai 1994, *D.* 1995, *sommaires commentés*, p. 272.

²²² Paris, 12 oct. 1989 : *Gaz. Pal.* 1989. 2. *Panor.* 292.

²²³ Civ. 2^{ème}, 15 janvier 1997, *Légipresse* 1997, I-50.

absolue et couvrir les imputations dans tous leurs éléments et dans toute leur portée. Cette jurisprudence est compréhensible. Admettre la vérité des imputations ou allégations diffamatoires violant la présomption d'innocence, viole à la fois la présomption d'innocence et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Pourtant, nous devons faire mention de la jurisprudence des « Irlandais de Vincennes ». Dans cette affaire, l'article litigieux, ayant donné lieu à une action en diffamation, se fondait sur des documents confidentiels, notamment une note rédigée par un conseiller du président de la République et un long procès verbal établi par deux policiers de la Direction de la surveillance du territoire (D.S.T.). Le tribunal retient exceptionnellement la vérité du fait diffamatoire²²⁴. La partie civile, impliquée dans une procédure pénale n'ayant pas aboutie, faisait valoir que la vérité des faits diffamatoires était subordonnée à une condamnation judiciaire définitive. Le tribunal constate que « l'absence de poursuite à l'encontre de la partie civile ne constitue pas l'un des cas énumérés à l'article 35 de la loi sur la presse et permettant de faire la preuve de la vérité des faits diffamatoires et ne signifie aucunement que le comportement prêté à l'intéressé n'ait jamais existé ». Par ailleurs, « l'inaction du parquet ou l'inertie du juge d'instruction, peuvent s'opposer à la poursuite et au jugement de l'auteur d'un comportement répréhensible qui ne saurait donc tirer un brevet d'innocence de son impunité ». Ce jugement, confirmé en appel, est fondamental car « la décision constate une vérité de l'information qui va au-delà de la vérité judiciaire et même la contredit »²²⁵.

²²⁴ TGI Paris, 17 sept. 1992, D. 1994, sommaires commentés, p. 194.

²²⁵ Thierry Massis, note sous TGI Paris, 17 sept. 1992, précité.