

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de M. Henri Ader (*séance du lundi 27 février 2006*)

François Terré : Les avocats, les prêtres et les médecins sont les trois robes noires dont parle Balzac. On les réunit dans le même groupe car ils ont en commun de pouvoir se prémunir d'un secret dit « absolu ». En fait, il n'existe plus comme robe noire que celle que portent les avocats ; les médecins sont devenus des hommes en blanc et les prêtres des hommes en gris. Mais croyez-vous vraiment que le secret des avocats soit « absolu » ?

*
* *

Alain Plantey : Les litiges internationaux sont nombreux ; ils portent sur des montants gigantesques. Or, il est impossible dans ces affaires d'éviter le secret. Il faut même parfois cacher la composition du tribunal pour parer à des menaces que proféreraient certains Etats à l'encontre des arbitres. Le secret des délibérés est donc nécessaire dans toutes les cas où des intérêts internationaux sont en jeu.

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, on peut accepter certaines des condamnations qu'elle émet. Mais au nom de quoi prononce-t-elle parfois des jugements hautement péremptoires ? Nous savons bien que parmi les 43 pays qui la reconnaissent, une bonne dizaine ne respectent aucune des règles de l'instruction. La Cour s'emploierait-elle à ne condamner que les démocrates, que ceux qui appliquent les droits de l'homme ?

*
* *

Jacques Boré : Par la Convention de Vienne et l'article 73 du Traité de Maastricht, la France est engagée à lutter contre la drogue et contre le blanchiment de l'argent sale. Pour rendre cette lutte effective, la législation européenne a assujéti à la déclaration de soupçon diverses professions, comme celles de banquier, d'agent immobilier et même de notaire. Pourtant, je crois qu'il y a une incompatibilité absolue entre la profession d'avocat et celle de dénonciateur, précisément en raison du secret professionnel. Le barreau français apporte une réponse originale à ce problème : l'existence des CARPA, c'est-à-dire l'obligation pour l'avocat qui manie des fonds de confier tous les fonds reçus de son client à une caisse spéciale placée sous le contrôle du bâtonnier, à qui il doit éventuellement fournir des explications. Cette obligation vous paraît-elle efficace et, si c'est le cas, ne mériterait-elle pas d'être généralisée à tous les barreaux étrangers qui ne la connaissent pas ? Que fait à cet égard le Conseil Consultatif des Barreaux de l'Union Européenne ?

*
* *

Claude Dulong-Sainteny : J'aimerais signaler que, sous l'ancien régime, le port du masque pour les prisonniers n'était nullement une marque d'infamie, mais au contraire une forme de secret afin de protéger l'identité des condamnés. On l'appliquait particulièrement aux femmes, et notamment à celles que l'on déportait pour mauvaise vie jusqu'à ce qu'elles soient sur le navire qui devait les emmener.

*
* *

Jean Tulard : Au fond, le secret de l'instruction est rigoureusement tenu quand il n'y a pas d'instruction. Ce fut le cas avec les lettres de cachet sous l'ancien régime où le secret était parfaitement gardé. Ce fut le cas sous Napoléon avec l'internement administratif. Certes, il y eut quelques ratés. Ainsi le marquis de Sade a bien été interné administrativement ; mais à Charenton, il lui arrivait de donner des représentations théâtrales. Remarquons toutefois que l'internement administratif n'est pas aussi arbitraire qu'on pourrait le croire. Un garde-fou a en effet été prévu : la commission des libertés individuelles du Sénat qui, sous Napoléon, enquêtait pour savoir qui était interné administrativement.

*
* *

Jacques de Larosière : Pourquoi érige-t-on en principe le secret de l'instruction ? On avance la volonté de protéger la présomption d'innocence ; mais il est vrai aussi que le secret de l'instruction peut parfois faire peser un soupçon sur le mis en examen. Il y a là quelque chose de contradictoire.

Par ailleurs, pourquoi, depuis quelques années, le secret de l'instruction est-il si peu observé en France ? Sans doute est-ce à la fois pour des motifs techniques et pour des motifs de société. Aujourd'hui toutes les parties d'un procès, y compris celles qui représentent des associations – dont l'objet même est souvent de médiatiser les actions qu'elles entreprennent – ont accès au dossier de l'instruction. De ce fait, tous les intéressés sont, en temps réel, en possession immédiate des procès verbaux de l'instruction. La tentation est donc grande pour une partie de diffuser les éléments de l'enquête qui l'intéressent. Outre ces motifs techniques, on trouve des motifs plus généraux qui tiennent au fait que la société actuelle est une société de transparence, parfois même au détriment des droits de la défense. Et, bien entendu, les institutions finissent par se modeler sur la société telle qu'elle existe.

Comment remédier à cette situation ? Il y a trois voies possibles. La première consisterait à ne rien faire, ce qui perpétuerait l'hypocrisie actuelle du secret de l'instruction. La deuxième consisterait à revenir au secret en interdisant – comme c'était le cas il y a quelques années – la reproduction des pièces de l'instruction et en n'en autorisant que la consultation sur place par les avocats. Aucune de ces deux voies n'apparaît opportune ou réaliste.

La troisième consisterait à reconnaître l'évolution des mœurs et à admettre le droit à la divulgation des actes de l'instruction. Mais encore faudrait-il que cette divulgation soit honnête. Or, on peut malheureusement observer que la presse s'intéresse davantage aux détails « croustillants » qu'à ceux qui éclairent la réalité d'une affaire. Pour pallier cette partialité des révélations, je proposerais que celui qui prend la responsabilité de divulguer un acte d'instruction soit astreint à le divulguer d'une manière complète (« à charge et à décharge ») sous peine de lourdes sanctions.

*
* *

Pierre Mazeaud : Vous avez évoqué, voire prôné, la publicité des opinions dissidentes comme aux Etats-Unis. Mais, s'il y a des opinions dissidentes, ne fait-on pas *ipso facto* échec à la règle du secret du délibéré ?

*
* *

Jean-Claude Casanova : Le secret de l'instruction vient de ses origines inquisitoriales et il repose sur deux idées : premièrement, il s'agit d'une enquête ; deuxièmement, ceux qui mènent l'enquête sont des anges. Les Romains ou les Anglais, qui n'ont pas adopté la procédure inquisitoriale, n'ont jamais considéré qu'il puisse y avoir des anges parmi les hommes. Ceux qui ont considéré que les anges existaient dans le règne humain ont estimé que l'enquête menée en parfaite bonne foi par les enquêteurs exigeait le secret pour préserver 1°) l'inculpé ; 2°) les progrès de l'enquête ; 3°) le cheminement de la conscience dans l'idée que va se faire l'enquêteur dans sa décision finale.

Mais, à partir du moment où cette phase historique française, qui s'étend de l'Ordonnance criminelle du XVII^e siècle jusqu'en 1897, disparaît, on admet la transformation de l'instruction en partie du procès – puisqu'il y a un magistrat du siège et débat entre la défense et l'accusation – et le secret n'a plus aucun sens. Or, cela fait aujourd'hui cent huit ans que la France se ridiculise puisque le secret de l'instruction est perpétuellement violé par tout le monde, par des juges d'instruction, par des policiers, par des avocats, par des inculpés, par des mis en examen etc.

Ne faudrait-il pas admettre que dans un procès la publicité est une garantie ? Les Romains et les Anglais l'avaient bien vu en considérant que les hommes n'étant pas des anges, les lois sont nécessairement imparfaites et qu'il faut tirer de la contradiction et de la publicité des moyens de correction que les hommes ne fournissent pas nécessairement.

*
* *

Réponses :

A François Terré : Aujourd'hui, le secret de l'avocat n'est pas absolu car celui-ci est soumis à l'obligation de dénonciation. Toutefois les avocats ont obtenu l'autorisation de ne faire part de leurs soupçons sur l'origine de fonds qu'à leur bâtonnier. C'est alors le bâtonnier qui est juge du bien ou du mal fondé du soupçon. Mais c'est là la seule restriction au caractère absolu du secret.

En fait, le secret est tellement absolu que l'un des premiers grands arrêts de la cour de cassation, à la fin du XIX^e siècle, établit qu'il ne peut pas même être violé après le décès de celui qui avait confié un secret.

A Alain Plantey : A coup sûr, dans l'arbitrage international, le secret est nécessaire, secret sur le fait qu'il existe un litige, secret sur l'identité des arbitres et secret sur les décisions.

La cour de Strasbourg ne peut pas se saisir. Elle ne peut être saisie que par l'un des citoyens des Etats signataires de la convention européenne de l'Etat. En France depuis la présidence de François Mitterrand les citoyens français peuvent la saisir. Il est effectivement dommage qu'elle ne puisse pas se pencher sur des violations évidentes des droits de l'homme. Il est par ailleurs excessivement rare qu'elle soit saisie contre un Etat autre qu'un Etat de l'Europe occidentale ou centrale. A ma connaissance, une seule plainte a été déposée depuis sa création contre un Etat ; il s'agit de la Turquie.

A Claude Dulong-Sainteny : Le secret que j'évoque dans ma réponse à M. Plantey est évidemment un des plus absolus, tout comme celui du masque, qui, vous avez eu raison de le rappeler, n'était pas un châtement, mais une protection de l'identité, mais quand même un secret.

A Jacques Boré : En ce qui concerne les CARPA, nous nous efforçons de les répandre dans toute l'Europe. Mais nous nous heurtons aux confrères étrangers qui reçoivent des fonds, les

conserver et ... perçoivent des intérêts sur les sommes qu'ils détiennent. Pour faire comprendre cela, par exemple aux Anglais, gens certes idéaux – en réponse à M. Casanova – mais soucieux de leurs intérêts matériels, les difficultés sont grandes.

A Jean Tulard : Je suis bien sûr de votre avis : il n'y avait pas de secret de l'instruction quand il n'y avait pas d'instruction. Mais à partir du moment où l'on estime qu'il faut une instruction – ce que je crois – il me semble nécessaire que celle-ci soit publique, sauf si le mis en examen souhaite qu'elle ne soit pas publique.

A Jacques de Larosière : Je pense qu'il faut qu'il n'y ait plus de secret de l'instruction, mais que le secret de l'enquête est nécessaire. Malheureusement, le secret de l'enquête est souvent aussi violé ainsi récemment lors de l'enquête concernant des officiers et sous officiers français en Côte d'Ivoire. A mon sens, une des conséquences positives de l'affaire d'Outreau est que nous devons désormais réformer absolument la formation des magistrats. Autrefois, les juges étaient choisis parmi les avocats (de 1274 jusqu'à Henri IV).

Pour ce qui est de la divulgation totale de l'instruction, comme il y a débat contradictoire, il appartient évidemment à chacun de compléter les informations lacunaires que pourrait diffuser la presse. Le remède est, à mon sens, dans le respect sérieux du contradictoire.

*
* *