

**MINISTERE DE LA JUSTICE
DIRECTION DE L'ADMINISTRATION
PENITENTIAIRE**

**CONCOURS EXTERNE POUR LE RECRUTEMENT DE
DIRECTEURS PENITENTIAIRES D'INSERTION ET DE
PROBATION**

SESSION 2022

2^{ème} épreuve d'admissibilité

Rédaction d'une note de synthèse à partir d'un dossier de trente
pages maximum dans la matière suivante :
Droit pénal et procédure pénale

(Durée : 5H00 ; coefficient : 5)

FILMER LA JUSTICE

4 pages maximum, les numéros de documents doivent être mentionnés entre
parenthèse, il n'est pas impératif de citer tous les documents

ANNEXES

Document 1 : Eric Dupond-Moretti souhaite que les procès soient filmés. Entretien, Le Monde avec AFP, Publié le 28 septembre 2020

Document 2 : Décision n° 2019-817 QPC du 6 décembre 2019 - Communiqué de presse, Mme Claire L. ()

Document 3 : Article 38 ter de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse - Version en vigueur depuis le 24 décembre 2021-Modifié par LOI n°2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 1

Document 4 : Grands procès : filmer pour ne pas oublier- *Article publié sur le site intranet du Ministère de la Justice le 9 juillet 2020*

Document 5 : Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2020, comm. 49 -Nouvelles précisions sur l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881-Commentaire par Agathe Lepage

Document 6 : Extraits du Code du Patrimoine

Document 7 : Presse - Conformité de l'interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires - Veille par William ROUMIER

Document 8 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 30-34, 26 Juillet 2021, 829 Filmer l'audience : transparence ou justice-spectacle ?

Document 9 : Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2017, comm. 99 - Refus d'autorisation de procéder à l'enregistrement audiovisuel d'un procès d'assises en matière de terrorisme - Commentaire par Agathe LEPAGE

Document 10 : Le Monde - Filmer la justice : une loi pour remettre de l'ordre dans des pratiques illégales

Document 11 : JurisClasseur Lois pénales spéciales > V° Presse et communication

Document 12 : La Semaine Juridique Edition Générale n° 49, 6 Décembre 1995, II 22547

Document 13 : Article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 : 10/10 à l'épreuve de constitutionnalité. Commentaire par Agathe LEPAGE - Communication Commerce électronique n° 1, Janvier 2020, comm. 5

Eric Dupond-Moretti souhaite que les procès soient filmés

Dans un entretien publié lundi par « Le Parisien », le ministre de la justice a annoncé son souhait que les procès soient également diffusés. « La publicité des débats est une garantie démocratique », estime-t-il.

Un projet qu'il souhaite porter « avant la fin du quinquennat ». Eric Dupond-Moretti veut que les procès soient « totalement » filmés et diffusés, a-t-il déclaré dans un échange avec les lecteurs du Parisien, publié lundi 28 septembre. Le ministre de la justice a ensuite publié, en fin de journée, une vidéo sur sa page Facebook, pour expliquer son action.

« Je suis pour que la justice soit désormais totalement filmée et diffusée. La justice doit se montrer aux Français. La publicité des débats est une garantie démocratique », a déclaré le ministre au Parisien. « J'aimerais porter cela avant la fin du quinquennat », a-t-il ajouté. « Une réflexion est en cours », a confirmé la chancellerie à l'Agence France-Presse (AFP).

Le Conseil constitutionnel avait pourtant confirmé il y a moins d'un an l'interdiction de procéder à la captation d'images et d'enregistrements lors de procès et de les diffuser, estimant que cette mesure était « nécessaire » pour garantir la sérénité des débats et prévenir toute atteinte à la vie privée.

Une demande d'abrogation examinée à la fin de 2019

Ses membres avaient examiné à la fin de 2019 une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) demandant l'abrogation de l'article de la loi sur la liberté de presse qui interdit, « dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image ». L'infraction est passible de 4 500 euros d'amende.

Seule rare exception à la loi, quand l'enregistrement du procès présente « un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ». Le procès des attentats de 2015, qui se tient à Paris depuis direct et sont conservées par les Archives nationales.

Dans leur décision de décembre 2019, les membres du Conseil constitutionnel avaient notamment estimé que l'évolution technologique était susceptible de donner à la diffusion d'images un « retentissement important qui amplifie le risque » de porter atteinte à la sérénité des débats, au respect de la vie privée, à la sécurité des acteurs judiciaires ou à la présomption d'innocence de la personne poursuivie.

Document 2 | Décision n° 2019-817 QPC du 6 décembre 2019 - Communiqué de presse

Mme Claire L. [Interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires]

Le Conseil constitutionnel juge que le législateur a pu, sans méconnaître la Constitution, interdire l'emploi d'appareils photographiques ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel au cours des audiences des juridictions administratives ou judiciaires

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 3 octobre 2019 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Sous peine d'amende, ces dispositions interdisent à quiconque d'employer, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, tout appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel et de céder ou publier l'enregistrement ou le document obtenu en violation de cette interdiction.

Il était notamment reproché à ces dispositions par la requérante et l'association intervenante de méconnaître la liberté d'expression et de communication. Selon elles, l'évolution des techniques de captation et d'enregistrement ainsi que le pouvoir de police de l'audience du président de la juridiction suffiraient à assurer la sérénité des débats, la protection des droits des personnes et l'impartialité des magistrats.

Par sa décision de ce jour, le Conseil constitutionnel rappelle, sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Dans le cadre constitutionnel ainsi rappelé, il relève que, en instaurant l'interdiction critiquée, le législateur a, d'une part, entendu garantir la sérénité des débats au regard des risques de perturbations liés à l'utilisation de ces appareils. Ce faisant, il a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. D'autre part, il a également entendu prévenir les atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence de la personne poursuivie.

Le Conseil constitutionnel relève en outre que, s'il est possible d'utiliser des dispositifs de captation et d'enregistrement qui ne perturbent pas en eux-mêmes le déroulement des débats, l'interdiction de les employer au cours des audiences permet de prévenir la diffusion des images ou des enregistrements, susceptible quant à elle de perturber ces débats. L'évolution des moyens de communication est par ailleurs susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement important qui amplifie le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts précités.

Enfin, l'interdiction résultant des dispositions contestées, à laquelle il a pu être fait exception, ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police de l'audience du président de la formation de jugement.

Pour l'ensemble de ces motifs, le Conseil constitutionnel juge que l'atteinte portée par les dispositions contestées à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis.

Modifié par LOI n°2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 1

Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction.

Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent.

Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie de deux mois d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende. Le tribunal pourra en outre prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et du support de la parole ou de l'image utilisé.

Est interdite, sous les mêmes peines, la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article.

Contrairement à certains pays étrangers, il est interdit en France de filmer les procès sous peine de 18 000 € d'amende. A deux exceptions près : lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice (code du patrimoine, articles L221-1 et suiv.), mais aussi lorsqu'au pénal, on juge qu'il est souhaitable de filmer la déposition d'une personne pour un futur ré-examen de l'affaire, en appel, en cassation ou en révision (code de procédure pénale, article 308).

Au titre du code du patrimoine, les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Cela permet ainsi de conserver la mémoire des atrocités commises et, pour les chercheurs, de disposer d'images permettant d'effectuer des recherches scientifiques.

L'autorité compétente pour décider l'enregistrement de l'audience varie en fonction de la juridiction où doit se tenir le procès. S'il se tient par exemple, devant la cour d'appel ou devant une des juridictions du ressort, il faudra l'autorisation du Premier président de la cour d'appel.

Avant de prendre sa décision, l'autorité, qui doit se prononcer sur l'autorisation, recueille les observations des parties ou de leurs représentants, du président de l'audience et du ministère public. Si le ministère public décide de filmer un procès pour crimes contre l'humanité ou pour actes de terrorisme, personne ne peut s'y opposer (parties, avocats, président de l'audience).

Quand l'autorisation de filmer le procès a été accordée, les enregistrements vidéos doivent être réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats ni au libre exercice des droits de la défense. Si les caméras perturbent le procès, le président de l'audience peut s'opposer aux enregistrements ou les interrompre momentanément.

A l'issue du procès, les enregistrements sont transmis aux archives nationales qui sont responsables de leur conservation. L'enregistrement audiovisuel d'un procès est communicable à des fins historiques ou scientifiques dès que l'instance a pris fin et que la décision est devenue définitive.

Il faut attendre 50 ans après la fin du procès pour pouvoir reproduire ou diffuser les enregistrements vidéos sauf s'il s'agit d'un procès pour crime contre l'humanité ou pour actes de terrorisme. Dans ce cas, la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, peut être autorisée dès que l'instance a pris fin et que la décision est devenue définitive.

Le prochain procès qui sera filmé sera celui des attentats commis les 7, 8 et 9 janvier 2015. Il aura lieu du 2 septembre au 10 novembre 2020.

Liste exhaustive des procès filmés dans le cadre des archives audiovisuelles de la justice

- Pascal Simbikangwa (1^{ère} instance) : 4 février – 14 mars 2014 à la cour d'assises de Paris
- Pascal Simbikangwa (appel) : 25 octobre – 3 décembre 2016 à la cour d'assises de Seine-Saint-Denis (Bobigny)
- Octavien Ngenzi et Tite Barahirwa (1^{ère} instance) : 10 mai – 7 juillet 2016 à la cour d'assises de Paris
- Octavien Ngenzi et Tite Barahirwa (appel) : 2 mai – 6 juillet 2018 à la cour d'assises de Paris
- AZE (1^{ère} instance) : 23 février – 30 juin 2009 (jugement rendu le 19 novembre 2009) au tribunal correctionnel de Toulouse
- AZE (2^e appel) : 24 janvier – 24 mai 2017 (délibéré rendu le 31 octobre 2017) à la cour d'appel de Paris
- Badinter-Faurisson : 12 mars – 2 avril 2007 (jugement rendu le 21 mai 2007) au tribunal de grande instance de Paris
- Augusto Pinochet : 8 – 17 décembre 2010 à la cour d'assises de Paris
- Maurice Papon : 8 octobre 1997 – 2 avril 1998 à la cour d'assises de la Gironde
- Paul Touvier : 17 mars – 20 avril 1994 à la cour d'assises des Yvelines
- Procès des docteurs Garretta, Allain, Netter et Roux (1^{ère} instance) du 22 juin au 23 octobre 1992 au TGI de Paris en audio (OU)
- Procès des docteurs Garretta, Allain, Netter et Roux (appel) du 22 juin au 23 octobre 1992 à la cour d'appel de Paris du 3 mai au 13 juillet 1993 en audio (OU)
- Klaus Barbie : 11 mai – 3 juillet 1987 à la cour d'assises du Rhône (Lyon)

Interdiction de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires et interdiction de la publication ou de la cession consécutives

Solution. – Après la récente décision QPC du Conseil constitutionnel ayant déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, la Cour de cassation affirme, au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la restriction à la liberté d'expression qu'elles prévoient constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à garantir la sérénité et la sincérité des débats judiciaires, qui conditionnent la manifestation de la vérité et contribuent ainsi à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire. Une précision est en outre apportée sur la portée temporelle de la prohibition : elle commence dès l'ouverture de l'audience et se prolonge jusqu'à ce que celle-ci soit levée.

Impact. – La publication de photographies de l'accusé ou des avocats prises dans la salle d'audience, avant le verdict, constitue l'infraction prévue par l'alinéa 4 de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, même si les photographies ont été prises pendant les périodes de suspension de l'audience. La condamnation de la directrice de la publication ne saurait constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-81-1769 : JurisData n° 2020-005261

Note :

Le lecteur se souvient – il en fut récemment question dans cette chronique, V. *infra* – que l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que « des l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit », sous peine d'une amende de 4 500 euros (L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 1er). Dans le sillage de cette prohibition, est également incriminée « la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article » (L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 4 ; même peine d'amende). Mme L., directrice de la publication de Paris-Match, fut déclarée coupable du second délit, après que furent mises en ligne, sur le compte Twitter et sur le site internet de l'hebdomadaire, et publiées dans celui-ci, deux photographies. L'une, prise à l'audience de la cour d'assises de Paris spécialement composée (terrorisme), montrait un témoin et des accusés, l'autre, prise dans la salle d'audience, avant le verdict, était celle d'un autre accusé et de ses avocats. La directrice de la publication de l'hebdomadaire fut condamnée à 4 000 euros d'amende par le tribunal correctionnel. La cour d'appel de Paris confirma la décision sur la culpabilité mais, l'infirmant sur la peine, ramena l'amende à 2 000 euros. À l'occasion de son pourvoi en cassation, Mme L. souleva une QPC qui contestait la constitutionnalité des dispositions de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 au regard de la liberté d'expression et de communication (DDHC, 26 août 1789, art. 11), ainsi que du principe de nécessité des délits et des peines (DDHC, 26 août 1789, art. 8). L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 a passé haut la main ce contrôle de constitutionnalité : l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication résultant de ces dispositions est, dicit le Conseil constitutionnel, nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis, et le principe de nécessité des délits et des peines n'est pas méconnu (Cous. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC : Comm. com. électr. 2020, comm. 5 et les obs.).

À la suite de cette décision, le grief formulé dans la première branche du moyen est devenu sans objet, précise la chambre criminelle de la Cour de cassation dans cet arrêt du 24 mars 2020. Mais dans la deuxième branche du moyen, le pourvoi, en reprochant à la cour d'appel d'avoir jugé que la répression de la diffusion des photographies ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, posait aussi le débat sur le terrain de la conventionnalité de ces dispositions, au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Compte tenu de la décision QPC précitée, le suspens n'était pas à son comble. Le contrôle de conventionnalité exercé par la cour d'appel fait écho à la décision du Conseil constitutionnel. Ne méconnaissant aucun droit ou liberté garantis par la Constitution, la prohibition de l'article 38 ter de la loi de 181 ne porte pas non plus une atteinte

disproportionnée à la liberté d'expression au regard de l'article 10 de la Convention européenne. Tel fut, sans surprise, le résultat du contrôle de conventionnalité mené par la cour d'appel. Elle se livra à une balance des intérêts qui confrontait le droit du public à être informé des procédures en matière pénale avec d'autres intérêts en présence tels que la sérénité des débats. Hormis le rappel qu'au moment des publications litigieuses, l'affaire en cause n'était pas jugée définitivement, les circonstances de fait propres à la présente affaire n'avaient pas été intégrées par la cour d'appel dans sa balance des intérêts. C'est ce que lui reprochait le pourvoi qui, en évoquant notamment la date de publication des photographies, les circonstances dans lesquelles elles avaient été prises ou bien leur contribution à un débat d'intérêt général, invitait à un contrôle de proportionnalité incluant des éléments concrets. Ce grief est écarté par la Cour de cassation. Certes, rappelle-t-elle, « toute personne a droit à la liberté d'expression et [...] le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives, notamment, aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice ». La prohibition de l'enregistrement ou de la fixation des paroles et images après l'ouverture de l'audience des juridictions ainsi que de leur cession ou de leur publication est bien une atteinte à la liberté d'expression mais une atteinte qui, affirme la Cour de cassation, « constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à garantir la sérénité et la sincérité des débats judiciaires, qui conditionnent la manifestation de la vérité et contribuent ainsi à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Cette affirmation, loin d'évoquer un contrôle de proportionnalité *in concreto*, est d'une lecture fort classique. A cet égard, le présent arrêt est la réplique d'un autre arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 8 juin 2010 (Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-87-526). La Cour de cassation y avait déjà affirmé au sujet des dispositions de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 que « si toute personne a droit à la liberté d'expression, et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas d'espèce, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Encore aujourd'hui, comme en 2010, la conformité à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme des dispositions de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 est appréciée *in abstracto* par le juge pénal. Sa conventionnalité est acquise une fois pour toutes, et il n'y a donc pas lieu à s'attacher, comme le pourvoi y invitait, aux circonstances de l'agissement en cause (comp., pour le contraste, avec Cass. crim., 26 fév. 2020, n° 19-81-827 : Comm. com. électr. 2020, comm. 4 et les obs., en matière d'exhibition sexuelle : « ... le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et [...] son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». Ce n'était pas la première tentative de faire céder les dispositions de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 devant l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 8 juin 2010, le rédacteur en chef d'une station corse de télévision avait été déclaré coupable de complicité de publication d'enregistrement effectué sans autorisation à l'audience d'une juridiction, à la suite de la diffusion d'un enregistrement audiovisuel montrant les magistrats de la cour d'assises de Paris lors du prononcé du verdict de condamnation d'Yvan Colonna pour le meurtre du préfet Erignac. Le prévenu avait été relaxé par les premiers juges au motif que, dans les circonstances de l'espèce, l'application de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 contrevient aux dispositions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La vidéo incriminée se rapportait bien à une question d'intérêt général, avait concédé la cour d'appel, sans trouver néanmoins dans cette circonstance une justification de l'infraction. C'est ainsi qu'elle avait déclaré le prévenu coupable de ce délit compte tenu des intérêts en jeu autres que la liberté d'expression, en l'occurrence la sérénité des débats et le droit à l'image des parties intéressées. Nombre d'infractions, en particulier des infractions de presse, comme la diffamation et l'injure (V. aussi par ex., en matière d'infractions de droit commun, l'escroquerie : Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-83-774 : Comm. com. électr. 2016, comm. 103 et les obs. ; Dr. pén. 2017, comm. 2, obs. Ph. Content), se sont révélées, dans la jurisprudence de la Cour de cassation d'inspiration de plus en plus européenne, d'une application à géométrie variable pour préserver la liberté d'expression, spécialement lorsque son exercice contribue à un débat d'intérêt général. Les dispositions de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 restent à l'écart de cette évolution. Elles se distinguent d'ailleurs de l'essentiel des infractions de presse, infractions de publication, par les actes incriminés. La publication des enregistrements ou

documents est mise sur le même plan que la cession. Cette incrimination est protectrice d'intérêts privés, en particulier du droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, ou du droit à la présomption d'innocence. Toutefois la perception de cette incrimination par cette seule finalité serait réductrice – si d'ailleurs il ne s'agissait, par cette prohibition, que de protéger des intérêts privés, tel le droit sur l'image, certaines concessions pourraient être envisagées en faveur de la liberté d'expression. L'inflexibilité de l'incrimination de publication face à la liberté d'expression, que rappelle le présent arrêt, s'ancre dans une considération plus ample et plus robuste, la sérénité des débats. Alors que publication et cession furent incriminées seulement par la loi n° 81-82 du 2 février 1981, l'usage des appareils d'enregistrement et appareils photographiques pendant les audiences était prohibé depuis une loi du 6 décembre 1954. Infraction de presse atypique, l'infraction d'enregistrement ou de fixation de la parole ou de l'image ne consiste pas en un acte de publication, mais en un acte incriminé pour ce qu'il suppose de manipulation d'appareils qui, par le bruit ou la lumière qu'ils produisent, sont source de perturbation des audiences. Cette restriction apportée à la liberté d'expression reste mesurée car elle n'interdit nullement la relation de l'audience, à l'issue de celle-ci, par les journalistes présents, ni même aujourd'hui la pratique qui consiste à rendre compte en direct des débats, par exemple sur Twitter (en ce sens *Cons. const.*, 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC, § 9, *préc.*). La modernisation des appareils tels que caméras ou appareils photographiques, rendant leur utilisation plus discrète, n'a pas fait perdre sa raison d'être à cette incrimination. La perspective d'un enregistrement sonore ou d'une prise de vues risque de fausser les comportements des uns et des autres dans la crainte de diffusion une ampleur considérable. L'infraction des finalités des deux infractions prévues à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 – qu'a bien analysée le Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC, § 7 et 8, *préc.*) – révèle que la prohibition de la publication, venue épauler celle de l'enregistrement, contribue autant à la bonne administration de la justice, objectif à valeur constitutionnelle, qu'elle assure la protection de l'image des acteurs du procès. Ces deux finalités – sérénité et sincérité des débats, protection des droits des personnes – sont d'ailleurs évoquées l'une et l'autre par le présent arrêt (§ 11 et 13).

Dès lors la prohibition de l'enregistrement ou de la fixation de l'image pendant les débats œuvre à une sanctuarisation de la salle d'audience : « il importe de garder à l'enceinte judiciaire son caractère préservé » (on est tenté de lire « sacré »), souligne la Cour de cassation. De cette considération du lieu dédié à la justice, qu'il convient de préserver dans sa solennité et sa sérénité, découle la mesure temporelle de la prohibition. La précision, inédite nous semble-t-il, en est faite par le présent arrêt : cette interdiction « commence dès l'ouverture de l'audience et se prolonge jusqu'à ce que celle-ci soit levée ». L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 indique bien le point de départ de la prohibition (« Dès l'ouverture de l'audience... »), mais ne dit mot de sa durée. Elle court donc, utile précision, jusqu'à la levée de l'audience, englobant ainsi les périodes de suspension de celle-ci.

Document 6 Extraits du Code du Patrimoine

Article L.221-1
Version en vigueur depuis le 24 février 2004

Les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par le présent titre lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Sous réserve des dispositions de l'article L. 221-4, l'enregistrement est intégral.

Article L.221-2
Modifié par LOI n°2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 1

L'autorité compétente pour décider l'enregistrement de l'audience est :

- a) Pour le tribunal des conflits, le président ;
- b) Pour les juridictions de l'ordre administratif, le vice-président pour le Conseil d'Etat et, pour toute autre juridiction, le président de celle-ci ;
- c) Pour les juridictions de l'ordre judiciaire, le premier président pour la Cour de cassation ; pour la cour d'appel et pour toute autre juridiction de son ressort, le premier président de la cour d'appel.

Article L.221-3
Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 69

La décision prévue par l'article L. 221-2 est prise soit d'office, soit à la requête d'une des parties ou de ses représentants ou du ministère public. Sauf urgence, toute requête est présentée, à peine d'irrecevabilité, au plus tard huit jours avant la date fixée pour l'audience dont l'enregistrement est demandé.

Avant toute décision, l'autorité compétente recueille les observations des parties ou de leurs représentants, du président de l'audience dont l'enregistrement est envisagé et du ministère public. Elle fixe le délai dans lequel les observations doivent être présentées et l'avis doit être fourni.

En cas de procès pour crime contre l'humanité ou pour actes de terrorisme, l'enregistrement est de droit s'il est demandé par le ministère public.

Conformément au XVIII de l'article 109 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 1er janvier 2020.

Conformément à l'article 1er du décret n° 2019-628 du 24 juin 2019, ces dispositions entrent en vigueur le 1er juillet 2019.

Article L.221-4
Modifié par Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 - art. 78 (1) JORF 10 décembre 2004

Les enregistrements sont réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats ni au libre exercice des droits de la défense. Ils sont réalisés à partir de points fixes. Lorsque les dispositions du premier alinéa ne sont pas respectées, le président de l'audience peut, dans l'exercice de son pouvoir de police, s'opposer aux enregistrements ou les interrompre momentanément.

Document 7 Presse - Conformité de l'interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires -

Veille par William ROUMIER

Droit pénal n° 1, Janvier 2020, alerte 9

Conformité de l'interdiction générale de procéder à la captation ou à l'enregistrement des audiences des juridictions administratives ou judiciaires

Veille par William ROUMIER

Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC : JurisData n° 2019-021938

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont les dispositions interdisent à quiconque, sous peine d'amende, d'employer, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, tout appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel et de céder ou publier l'enregistrement ou le document obtenu en violation de cette interdiction. Selon le Conseil, en instaurant cette interdiction, le législateur a, d'une part, poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice (garantir la sérénité des débats vis-à-vis des risques de perturbations liés à l'utilisation de ces appareils) et, d'autre part, entendu prévenir les atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence de la personne poursuivie. Le Conseil relève ensuite que l'évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à la diffusion des images ou des enregistrements un retentissement important qui amplifie le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts précités. Enfin, l'interdiction résultant des dispositions contestées, à laquelle il a pu être fait exception, ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement. Pour l'ensemble de ces motifs, le Conseil a estimé que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis, et, en conséquence, a écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Filmer l'audience : transparence ou justice-spectacle ?

Dans une société où l'image est omniprésente, les caméras doivent-elles pénétrer l'enceinte judiciaire ? En créant un régime d'autorisation d'enregistrement sonore ou audiovisuel des audiences en vue d'une diffusion au grand public, le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, actuellement débattu devant le Parlement (AN, *Ire lecture*, TA n° 630, 26 mai 2021), marque une rupture avec l'interdiction qui prévaut depuis 1954. L'intérêt pédagogique et la confiance dans les institutions sont mis en avant. Parmi les professionnels du droit, l'idée d'amener le tribunal au domicile des citoyens fait débat, entre volonté de transparence et crainte d'une justice-spectacle. Décryptage par Arnaud de Saint Remy, vice-président de la commission des Libertés et Droits de l'homme au Conseil national des barreaux, auteur d'un rapport sur le sujet (AG, CNB, 7 mai 2021).

La Semaine Juridique, Édition générale : L'argument de l'intérêt pédagogique mis en avant par le garde des Sceaux de donner à voir le fonctionnement de la justice afin de rétablir la confiance en dissipant « les rumeurs et les calomnies » vous semble-t-il pertinent ?

Arnaud de Saint Remy : En France, l'enregistrement sonore et audiovisuel des audiences fait l'objet d'une interdiction de principe depuis l'affaire Gaston Dominici et le vote par l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 1954 de l'interdiction aux journalistes d'accéder aux prétoires. Plusieurs demandes de captation d'audience sont toutefois adressées chaque année dans le cadre de reportages ou de documentaires et on ne peut exclure l'hypothèse d'enregistrements « sauvages » ou de retransmission des débats judiciaires par des posts sur les réseaux sociaux. La loi Badinter du 11 juillet 1985 a ouvert la possibilité d'autoriser l'enregistrement d'un procès lorsqu'il présente un intérêt au nom du devoir de mémoire pour la constitution d'archives historiques (procès Klaus Barbie, Maurice Papon, AZF, etc., et pour la première fois un procès terroriste, celui des attentats de janvier 2015).

Le sujet n'est donc pas nouveau. Mais le projet de loi étend considérablement le périmètre des enregistrements, en ajoutant un nouvel

article 38 quater à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui prévoit : « L'enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience peut être autorisé, pour un motif d'intérêt public, en vue de sa diffusion. [...] Lorsque l'audience n'est pas publique, l'enregistrement est subordonné à l'accord préalable et écrit des parties au litige. [...] ».

La loi nouvelle ne parle pas expressément d'intérêt pédagogique mais de « motif d'intérêt public », une notion large dont il conviendrait de délimiter les contours. La pédagogie est évidemment utile. Actuellement, nos concitoyens connaissent mieux le système américain par le biais des séries télévisées. Cela pourrait permettre d'éviter que nos clients nous demandent de dire « objection votre honneur » ! Mais le cadre mérite d'être précisé. Le texte indique que la diffusion sera accompagnée « d'éléments de description de l'audience et d'explications pédagogiques et accessibles sur le fonctionnement de la justice ». Y aura-t-il des chroniqueurs et des commentateurs comme il en existe lors d'une épreuve sportive ? Qui sera habilité à commenter ? Le temps du débat judiciaire n'est pas le même que le temps des médias. Des précautions doivent être prises.

JCP G : Le régime des autorisations envisagé parvient-il à concilier droit à l'information et droit au respect de la vie privée ?

A. de S. R. : Le texte n'est pas exempt d'ambiguïté. L'accord préalable et écrit des parties au litige ne sera exigé que pour l'enregistrement des audiences non publiques. S'agissant des audiences publiques « le motif d'intérêt public ainsi que le principe de publicité des débats devant prévaloir sur les droits individuels des parties », aucun accord préalable n'est prévu. Par ailleurs, la question du consentement ne semble pas se poser pour les témoins, le personnel judiciaire, les auxiliaires de justice et les escortes.

L'autorisation d'enregistrer sera délivrée « après avis du ministre de la Justice », par les chefs de cours et de juridictions. Pour les audiences publiques, dans la mesure où aucune autre autorisation n'est requise, le chef de cour prévoindra-t-il les avocats du fait qu'il envisage l'enregistrement ? Le projet de loi ne prévoit pas de débat préalable à ce sujet.

Le CNB préconise de demander le consentement exprès et spécial de toutes personnes concernées avant tout enregistrement ou diffusion au titre du droit fondamental à l'image.

JCP G : Qu'en est-il de l'autorisation pour diffuser l'audience ?

A. de S. R. : Le projet de loi distingue l'enregistrement de l'audience de sa diffusion. Pour toute diffusion, les personnes enregistrées devront donner leur consentement par écrit « *avant la tenue de l'audience* ». En cas de refus, elles seront floutées afin d'assurer leur anonymat nous certifie-t-on. La garantie de l'anonymat paraît toutefois difficile à tenir. On voit mal comment, dans des petites juridictions, certaines affaires par leur nature et par l'évocation de ses principaux éléments, ne seront pas rendues identifiables.

En outre, un droit de rétractation est prévu dans un délai de 15 jours à compter de l'audience. Ce délai nous semble trop limité. Le CNB juge préférable de pouvoir exercer ce droit à tout moment avant comme après la diffusion. Le droit à l'oubli doit également être mieux garanti. Le texte indique qu'« *aucun élément d'identification des personnes enregistrées ne peut plus être diffusé 5 ans après la première diffusion ou 10 ans après l'autorisation d'enregistrement* ». Or, 5 ans, c'est extrêmement long ! On peut avoir commis des infractions, avoir divorcé, avoir fait faillite : ne plus pouvoir s'opposer à la diffusion de l'audience pendant 5 ans peut être préjudiciable. La possibilité de saisir une instance pour que le droit à l'oubli s'exerce devrait être insérée. Enfin, sur la captation irrégulière d'images de procès ou leur détournement, un amendement a introduit un délit pour diffusion irrégulière mais les sanctions ne pourront intervenir qu'à posteriori. Un retrait immédiat de l'image détournée devrait être envisagé. Il vaudrait mieux responsabiliser les hébergeurs.

En résumé, en l'état, le texte du projet de loi offre des garanties qui nous semblent insuffisantes par rapport aux principes à concilier que sont la présomption d'innocence, le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image, la sérénité et la dignité des débats et la sécurité des acteurs judiciaires. Le rapport Linden remis le 22 février 2005 à la demande de Dominique Perben, dont s'inspire le projet de loi actuel, posait de nombreuses conditions avant de généraliser l'autorisation d'enregistrer et de diffuser des audiences.

JCP G : Pensez-vous, comme le garde des Sceaux, que la diffusion des audiences permettra de lutter contre une forme de populisme ou craignez-vous une justice-spectacle ?

A. de S. R. : L'idée de diffuser les audiences n'est pas nouvelle. Comme évoqué, elle s'appuie sur les propositions du rapport Linden que l'actuel garde des Sceaux remet au goût du jour. En 2018, Éric Dupond-Moretti

avait déclaré « *En réalité, plusieurs formes de justice coexistent. Celle que l'on rend dans l'enceinte judiciaire, avec ses règles et ses procédures. Et celle qui s'exerce au café du commerce, entre chien et loup, dans l'odeur du café et de l'amisette.* ».

En cela, il n'a pas tort, chacun est à sa manière sélectionneur de l'équipe de France de football, comme tout le monde a un avis sur un procès médiatique. On peut croire le garde des Sceaux sur sa volonté de tordre le cou aux rumeurs, imprécisions et inexactitudes que véhicule toute affaire judiciaire qui donne lieu à une médiatisation. Il y a la justice des tribunaux et des cours, et il y a la justice de l'opinion publique, voire celle des médias. Or, il n'y a qu'une justice. Mais il est aussi vrai qu'aucun documentaire, aucun reportage, en direct ou en différé, aucune interview au sortir d'une audience, sur un plateau télévisé ou sur Internet, aucun tweet envoyé depuis la salle d'audience, en live, voire en violation décomplexée du secret professionnel, ne remplaceront la présence du public dans l'enceinte judiciaire. Et tout extrait ou tout commentaire sera nécessairement incomplet, biaisé, orienté ou peut-être même totalement faussé.

L'un des objectifs, louable, de la loi est l'information du public. Mais il doit s'accompagner de davantage de garde-fous. Nous savons bien qu'il existera toujours le risque chez certains d'être tentés de « faire le show » comme cela peut arriver sur un plateau télé. Il faudra donc veiller à éviter ces dérapages, à ne pas transformer la justice en spectacle. En réalité, tout va dépendre de la ligne éditoriale retenue, car il peut y avoir autant de montages que d'approches éditoriales. Il n'est pas souhaitable de filmer les audiences comme les débats à l'Assemblée nationale. À cet égard, le CNB recommande que soit définie une charte éthique ou de bonnes pratiques pour filmer les audiences (plans, cadrage, montage, séquençage, etc.).

Quant au moment choisi pour la diffusion, il n'est pas question de faire du « direct ». Mais, la notion d'« affaires terminées » semble vaste. À partir de quel moment a-t-on épuisé une affaire ? Est-ce que l'affaire Villemin est terminée ? Il y aura nécessairement un décalage dans le temps. L'actualité pousse l'actualité, et donc les grandes affaires qui font l'actualité auront déjà été commentées. Au fond, pour les affaires les plus médiatiques, il ne faut pas s'attendre à un traitement très différent de celui que l'on connaît aujourd'hui.

JCP G : Pour certains, la présence de caméras aura des vertus sur la qualité des débats, quand d'autres redoutent un changement de comportements des acteurs du procès. Quelle est votre position ?

A. de S. R. : « *L'avocat plaidera mieux s'il sait qu'il est filmé, il fera un effort* », a déclaré le garde des Sceaux devant la commission des lois de l'Assemblée nationale. À mon sens, les avocats ne vont pas plaider différemment parce qu'ils se sauront filmés, même si certains pourraient chercher la lumière ou une forme de stérification. Les avocats font le maximum pour la défense de leurs clients qu'ils soient filmés ou non. Être filmé pourrait toutefois changer la spontanéité du débat judiciaire. Une victime, un témoin, un accusé risque de modifier sa manière de répondre s'il se sait filmer. Il y aura sans doute une période de transition pour faire abstraction de la présence des caméras, comme on a fini par s'habituer à celle qui s'installe lors de certaines gardes à vue ou certains interrogatoires chez le juge d'instruction. Il y a un enregistrement, mais pour les seuls besoins de la justice, or désormais ce serait le public qui le visionnerait sur écran. Ce n'est pas du tout la même chose.

JCP G : L'enregistrement de l'audience pourrait-il constituer un frein à la saisine de la justice ?

A. de S. R. : À titre personnel, je ne donnerai mon consentement à l'enregistrement et à la diffusion d'une audience que si l'intérêt de mon client n'est pas en jeu.

« *Les modalités de l'enregistrement ne doivent porter atteinte ni au bon déroulement de la procédure ou des débats, ni au libre exercice de leurs droits par les parties et les personnes enregistrées. Le président de l'audience peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement* », précise le projet de loi. Les avocats veulent également pouvoir demander de plein droit au président de l'audience la suspension ou l'interruption de l'enregistrement, à tout moment, afin d'assurer le respect effectif du libre exercice de leurs droits.

Nous posons, en outre, la question de la sécurité des acteurs du procès. Les réactions du public peuvent être imprévisibles face à une personne accusée de faits graves et acquittée ou à certaines dépositions de témoins. Certains spectateurs peuvent « déraper ». Pour les personnes dont la sécurité est menacée, l'anonymat ne pourra être assuré qu'en modifiant leur identité.

Enfin, nous demandons une absolue confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. La difficulté d'un enregistrement, c'est qu'il peut tout

capter. Une exception absolue mériterait d'être rappelée formellement dans le texte : aucun enregistrement sonore ou audiovisuel ne saurait être autorisé s'il se rapporte à des échanges entre l'avocat et son client, ces derniers étant nécessairement couverts par le secret et la confidentialité.

JCP G : L'un des aspects positifs de la diffusion d'audiences est, selon vous, de relancer et de moderniser la publicité des débats. Qu'entendez-vous par là ?

A. de S. R. : Le Conseil constitutionnel a érigé en principe la publicité des audiences devant les juridictions civiles et administratives. Il a considéré que cette exigence découlait des articles 6 et 16 de la DDHC.

À lire l'exposé des motifs, mais surtout l'étude d'impact du projet de loi, l'objectif premier est de renforcer le principe de publicité des débats. « *Restaurer la confiance, c'est aussi mieux faire connaître et comprendre le fonctionnement de la justice. Le projet de loi tend donc, dans un souci de lisibilité accrue, à rapprocher l'institution judiciaire des citoyens* ». De toute évidence, le principe de publicité des débats judiciaires participe en lui-même du débat public. Le droit à la publicité des débats est un acquis historique fondamental. Une réserve toutefois en ce qui concerne les audiences non publiques qui pourront le devenir par le biais d'un enregistrement puis d'une diffusion. On comprend mal pourquoi il deviendra possible de rendre publiques des audiences qui ne le sont pas, comme les audiences familiales, les audiences de remise en liberté ou devant la cour pénale des mineurs.

Si l'intérêt du projet de loi est indiscutablement de donner une définition nouvelle et plus moderne au principe fondamental de la « *publicité des débats* », il ne faudrait pas que le nouveau dispositif conduise en dépit de ses vœux à un voyeurisme qui caractérise notre société du son et de l'image. À mon sens, l'interdiction de filmer les audiences non publiques devrait être maintenue au vu des atteintes à la vie privée qu'elles induisent.

JCP G : Filmer et diffuser des images de la justice répond-il à une volonté de la rendre plus belle ?

A. de S. R. : Les sondages montrent que la justice a une mauvaise image dans l'opinion publique qui exprime de la défiance. Les Français ont davantage confiance en leur police qu'en leur juge. Ils devraient éprouver pourtant la même confiance envers les deux institutions.

Ces audiences filmées et retransmises montreront en tous les cas la justice telle qu'elle est aujourd'hui, avec ses qualités et ses défauts, sa complexité,

ses moyens matériels insuffisants, le professionnalisme des magistrats, des personnels de greffe et des avocats, afin que le justiciable, comme s'il poussait la porte d'un tribunal, réalise qu'il est urgent d'investir dans la justice, l'un des piliers de notre État régalien.

Voudrait-on des applications rendant des jugements sans intervention humaine en temps réel ? Certainement pas. La justice est merveilleusement ou terriblement humaine, mais il lui faut des moyens pour être rendue dans des conditions optimales. Ils sont aujourd'hui encore cruellement insuffisants.

JCP G : Dans une société d'images, n'est-ce pas aussi une façon de policer l'audience, voire de la surveiller ?

A. de S. R. : Notre société se regarde et se juge en permanence. Aujourd'hui, comme nombre de professionnels, les avocats sont évalués, googlisés, notés, « *tripadvisorisés* ». Il y a des avocats qui capitalisent sur leur notoriété. De tout temps, le bouche-à-oreille a fonctionné, la réputation a toujours existé. Avec la diffusion d'audiences, les choses ne vont pas fondamentalement changer. L'échelle ne sera simplement plus la même.

Si l'une des grandes inconnues tient au fait de savoir s'il y aura moins d'incidents d'audiences parce qu'elles sont filmées, l'autre concerne surtout les modalités même de la diffusion des enregistrements qui ne sont pas définies. La loi devrait répondre aux questions : Comment filme-t-on ? Sur quel support diffuse-t-on ? Quel sera le volume d'affaires enregistrées ? La fréquence de diffusion ? Pourra-t-on voir les audiences en *streaming* ou en *replay* ?

Ces questions, qui pourtant intéressent le débat parlementaire, sont renvoyées au décret d'application. C'est dommage. On aimerait savoir s'il est question de créer une chaîne « Justice TV » ou bien si ces audiences seront diffusées « à la demande » sur un support numérique. Existera-t-il des copyrights ou des droits de rediffusion comme pour les bons matchs ? Des journalistes se sont déjà exprimés par crainte d'une atteinte à la liberté de l'information. Une chaîne d'État qui diffuse des procès relève-t-elle de la liberté d'information ?

Alors que les tribunaux de notre pays manquent de moyens, on nous assure qu'il n'y aura pas de coût induit pour la Justice, car il s'agira d'un marché public ouvert à la concurrence. Les bénéficiaires de ce marché qui investiront nécessairement beaucoup chercheront sans doute un retour sur investissement. Y aura-t-il par exemple de la publicité ? Certes pas pendant

la durée du procès, mais entre deux affaires. Quelle sera la viabilité du modèle économique de cette chaîne de télévision ? La notion de rentabilité rencontrera celle de l'attractivité. L'un des défis sera alors de toucher le public le plus large possible, d'appâter le spectateur en quelque sorte. Mais, alors comment garantir la dignité du système ?

JCP G : Pensez-vous que l'audience sera au rendez-vous ?

A. de S. R. : L'audience ou l'audimat ? Certains procès ne manqueront pas de susciter l'intérêt, en particulier en matière pénale, d'autres plus compliqués à suivre parce que très techniques (en matière civile, commerciale, prud'homale...) seront plus difficiles d'accès.

Ce projet de texte, dont l'ambition est bonne, suscite encore beaucoup de questions et offre des garanties à notre sens encore insuffisantes. Surtout que l'on ne profite pas du retour d'expérience de nos voisins comme l'Espagne, l'Allemagne, l'Angleterre ou la Finlande qui testent depuis des années les audiences filmées. L'exposé des motifs de la loi et l'étude d'impact survolent à cet égard l'objectif que sous-tend l'ouverture des audiences à un public distant se tenant derrière son petit écran.

Enfinement, quel est l'objectif du texte ? Satisfaire la curiosité du public ? Renforcer le principe de publicité des débats dans une société démocratique soumise à de nouveaux supports de communication ? Par la présence d'un public extérieur venu en nombre assister à une audience par les nouveaux canaux virtuels, participer à ce que la justice soit rendue dans le respect des principes de l'égalité des armes entre les parties et le respect des droits de la défense ? Par l'impérieuse nécessité d'assurer l'impartialité du juge ?

Quel que soit l'objectif, rien ne pourra se faire sans respect de la dignité et de la sécurité des acteurs de la justice et des justiciables eux-mêmes qui risquent d'être livrés à une opinion publique parfois avide de sensations fortes. C'est pourquoi nos principes essentiels de la justice devront être préservés... quoi qu'il en coûte.

Refus d'autorisation de procéder à l'enregistrement audiovisuel d'un procès d'assises en matière de terrorisme

Commentaire par Agathe LEPAGE

Absence d'intérêt justifiant de procéder à un enregistrement de débats judiciaires de nature à enrichir les archives historiques de la justice au sens de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine.

Cass. crim., 29 sept. 2017, n° 17-85.774 : JurisData n° 2017-018651

[...] Sur le troisième moyen d'annulation, pris de la violation des articles L. 221-1, R. 221-5 du Code du patrimoine, 593 du Code de procédure pénale, défaut de motif ;

« en ce que l'ordonnance attaquée a rejeté la demande d'enregistrement audiovisuel des débats aux motifs suivants ; qu'aux termes de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine, « les audiences publiques devant les juridictions judiciaires peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore [...] lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ; que le procès qui se déroulera devant la cour d'assises de Paris spécialement composée, du 2 octobre au 3 novembre 2017, concerne des faits de complicité d'assassinats au préjudice de militaires français, de familles de confession juive et de tentative de meurtres à l'encontre de fonctionnaires de police, de trafic d'armes, en lien avec une entreprise terroriste, commis à Toulouse et à Montauban en mars 2012 ; qu'il est incontestable que les crimes commis par Mohammed A..., ont eu un retentissement international funeste, en raison de la qualité des victimes dont certaines étaient de jeunes enfants, des conditions dans lesquelles les actes ont été commis, et du contexte international dominé par l'actualité sur le terrorisme ; que l'auteur des faits étant décédé, il n'en demeure pas moins que le climat imposé par le terrorisme international s'est considérablement alourdi depuis les attentats commis ces dernières années sur le sol national et a profondément marqué nos concitoyens ; que, toutefois, l'extrême gravité des faits reprochés aux accusés et le contexte dans lequel se sont déroulés les crimes commis par Mohammed A..., ne présentent pas un intérêt qui justifierait que soit procédé à un enregistrement audiovisuel des débats de nature à enrichir les archives historiques de la justice au sens de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine :

« alors que présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice au sens de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine l'enregistrement d'un procès d'assises portant sur une association de malfaiteurs terroriste ayant abouti à la perpétration d'assassinats ou de tentatives d'assassinats multiples, commis sur des enfants, sur des militaires, sur des personnes à raison de leur confession juive, et sur des policiers, lesdits débats permettant aux accusés d'explicitier leurs actes éventuels, à la société d'en démêler les causes et les moyens d'y remédier, et à la justice d'en tirer des conséquences sur la manière de juger de tels actes ; qu'en rejetant la demande d'enregistrement, le premier président a violé les textes susvisés et à tout le moins entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation » ;

Attendu que, pour rejeter la requête, l'ordonnance énonce que l'extrême gravité des faits reprochés aux accusés et le contexte dans lequel se sont déroulés les crimes commis par Mohammed A... ne présentent pas un intérêt qui justifierait que soit procédé à un enregistrement des débats de nature à enrichir les archives historiques de la justice au sens de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine ;

Attendu qu'en statuant ainsi, par des motifs exempts d'erreur manifeste d'appréciation, le premier président a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Par ces motifs :

REJETTE le recours ; [...].

Note :

Le procès d'Abdelkader Merah et Fettah Malli, qui s'est ouvert le 2 octobre 2017 devant la cour d'assises de Paris spécialement composée (le verdict a été rendu le 2 novembre 2017), a donné l'occasion à la chambre criminelle de la Cour de cassation de se prononcer dans cet arrêt du 29 septembre 2017 ici reproduit (à paraître au Bulletin), sur la question, rare en jurisprudence, de l'enregistrement audiovisuel de débats judiciaires. Il fut un temps où une certaine liberté régnait à cet égard dans les prétoires, qui ne répugnaient

pas à accueillir en leur sein des appareils photographiques. Pendant le procès Dominici, en 1953, les flashes crépitérent à un point tel que le président de la cour d'assises en fut importuné. La loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 mit un terme à cette licence. Photographie et enregistrement des débats judiciaires furent dès lors prohibés. La loi n° 81-82 du 2 février 1981 apportera quelques aménagements venant quelque peu atténuer la rigueur de cette prohibition (V. sur cette évolution historique, *A. Pascal, La justice pénale et les médias. Approches juridique et sociologique : Th. Paris II, 2016, n° 137 et s.*). Aujourd'hui l'interdiction, « dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires », de « l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image » est formulée à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 qui prévoit que l'infraction à ces dispositions est punie d'une amende de 4 500 euros (*L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 3.* – outre cette infraction de presse, V. aussi le délit d'audience prévu, s'agissant de la cour d'assises, par *CPP, art. 308*). Alors qu'il était garde des Sceaux, M. Robert Badinter se rendit compte de l'état de conservation peu brillant des archives judiciaires françaises. En 1985, il déposa un projet de loi tendant à la création des archives audiovisuelles de la justice. Il déboucha sur l'adoption de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985. Ses dispositions furent ensuite codifiées aux articles L. 221-1 et suivants du Code du patrimoine.

L'article L. 221-1 du Code du patrimoine prévoit que « les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore dans les conditions prévues par le présent titre lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ». Les enregistrements doivent être réalisés, à partir de points fixes, dans des conditions qui excluent toute atteinte au bon déroulement des débats ou au libre exercice des droits de la défense (*C. patr., art. L. 221-4, al. 1er*). Sous ces réserves, l'enregistrement est intégral (*C. patr., art. L. 221-1, in fine*). L'autorité compétente pour décider l'enregistrement de l'audience est, pour la cour d'appel, le premier président de celle-ci (*C. patr., art. L. 221-2, c*). L'article L. 221-1 du Code du patrimoine est le texte sur lequel se fondaient des parties civiles au procès précité pour demander l'enregistrement audiovisuel des débats. Une ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris du 21 septembre 2017 dit n'y avoir lieu de faire droit à la demande d'enregistrement. Le recours a été rejeté par le présent arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ce procès n'est donc pas venu grossir les rangs – à vrai dire assez clairsemés – de ceux qui, depuis la loi du 11 juillet 1985, ont été filmés en vue de la constitution des archives audiovisuelles de la Justice. De fait le présent arrêt est révélateur de l'extrême parcimonie avec laquelle, pour l'instant, les autorisations d'enregistrement audiovisuel des débats judiciaires ont été accordées. En 1987, le procès de Klaus Barbie, accusé de crimes contre l'humanité, fut le premier procès à être filmé. Suivit, en 1994, celui de Paul Touvier, lui aussi accusé de crimes contre l'humanité. Puis furent l'objet d'un enregistrement audiovisuel le procès, en 1998, de Maurice Papon, accusé de crimes contre l'humanité, celui, en 2010, de la dictature chilienne (procès Pinochet) pour la disparition de franco-chiliens lors du coup d'État de 1973 et, celui, en 2014, de Pascal Simbikangwa, accusé de complicité de génocide au Rwanda. En 2007, fit également l'objet d'un enregistrement audiovisuel le procès Faurisson-Badinter, le premier ayant attaqué en diffamation le second qui l'avait traité de « faussaire de l'histoire ». Dans un registre très éloigné des crimes contre l'humanité, le procès de l'usine AZF a été lui aussi filmé (*première instance en 2009, appel en 2011/2012*). Les procès qui se déroulèrent, dans l'affaire du sang contaminé, en 1992 et 1993, donnèrent lieu, pour leur part, à un enregistrement seulement sonore. En revanche aucun procès en matière de terrorisme n'a été filmé. Ainsi le procès, en 2000, du réseau islamiste du GIA responsable des attentats de 1995 en France n'avait pas été filmé. Il en est donc allé de même du procès Merah en 2017 au motif que les faits « ne présentent pas un intérêt qui justifierait que soit procédé à un enregistrement des débats de nature à enrichir les archives historiques de la justice au sens de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine ».

Les rares arrêts rendus par la Cour de cassation en la matière lui ont permis de préciser que l'atteinte au droit sur l'image « pouvant résulter de la reproduction ou de la diffusion de l'enregistrement des audiences, est justifiée par la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la Justice, sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise » (*Cass. crim., 16 mars 1994, n° 94-81.062 : JurisData n° 1994-000606 ; Bull. crim. n° 105 ; RTD civ. 1994, p. 832, obs. J. Hauser : procès Paul Touvier*) ou bien encore que l'atteinte aux « droits à la présomption d'innocence et à l'oubli, alléguée par les demandeurs, pouvant résulter de l'enregistrement des débats et de leur conservation dans les archives nationales est justifiée par la loi sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise » (*Cass. crim.,*

17 févr. 2009, n° 09-80.558 : *JurisData* n° 2009-047239 ; *Bull. crim.* n° 40 ; *RSC* 2009, p. 924, obs. J.-F. Remucci : *procès de l'usine AZF*). En revanche, la Cour de cassation n'est pas disert sur la condition, formulée à l'article L. 221-1 du Code du patrimoine, d'un « intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice » (V. déjà, s'agissant du procès dans l'affaire usine AZF, *Cass. crim.*, 17 févr. 2009, n° 09-80.558, *préc.*, qui, rejetant le recours en annulation, se contente d'énoncer « que, pour faire droit à la demande d'enregistrement audiovisuel des audiences, l'ordonnance relève que cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice » et « qu'en l'état de ces énonciations, les griefs allégués ne sont pas encourus »). La question de savoir s'il serait opportun de filmer le procès de procès d'Abdelkader Merah et Fethah Malli a pu être discutée au motif que les accusés risquaient de faire de celui-ci une tribune à la gloire de leurs actes et de leur idéologie. Cette considération ne saurait, cependant, préjuger de l'absence d'un « intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice », puisque c'est à l'aune de ce qu'apporterait cet enregistrement à l'Histoire que cet intérêt doit être apprécié. On conçoit que l'« extrême gravité des faits reprochés aux accusés » ne permette pas nécessairement d'identifier un tel intérêt. Le « contexte dans lequel se sont déroulés les crimes commis par Mohammed Merah », frère, mort, d'un des accusés et auteur d'actes de terrorisme islamiste en 2012 ayant bouleversé l'opinion publique, n'a pas davantage été considéré comme présentant un tel intérêt. La notion d'« intérêt » au sens de l'article L. 222-1 du Code du patrimoine n'est sans doute pas des plus parlantes. Mais le présent arrêt atteste une propension à interpréter restrictivement cette condition. À l'occasion d'un débat organisé à l'Inathèque de France en 2001, Robert Badinter déclarait : « Malheureusement, on s'est éloigné de l'inspiration première de la loi, car l'institution judiciaire est frileuse, notamment en ce qui concerne les archives audiovisuelles ou les archives tout simplement. En définitive, cette loi faite en vue de la création d'un fonds d'archives sur l'histoire de la Justice et sur la réalité de celle-ci à des fins historiques a été perdue de vue. À ce jour, l'on s'en est servi quatre fois, dont trois pour des procès de crimes contre l'humanité. Rien n'a été fait pour ce qui, à mes yeux, était si important, c'est-à-dire la conservation de la réalité judiciaire, telle qu'elle s'inscrit dans la vie de la Cité quotidienne et qui est si intensément porteuse de signification sur les rapports de pouvoir dans une société et les comportements sociaux. N'a jamais été filmée l'audience des prud'hommes. Ne l'a jamais été l'audience de procédures collectives au tribunal de commerce. Ne l'a pas été non plus une audience de comparution immédiate d'étrangers dont les titres de séjour ne sont pas réguliers. Bref, tout ce qui ressort de l'ordinaire de la vie judiciaire pour les générations à venir. Je suis navré de le constater, il y a eu oubli ou méconnaissance de ce qu'étaient le vœu et le désir du législateur » (*R. Badinter et A. Wieviorka, Justice, image, mémoire : Questions de communication, n° 1, mars 2002, p. 4*). Certes le procès qui s'est déroulé en octobre 2017 ne relève pas de « l'ordinaire de la vie judiciaire ». N'aurait-il pas, *a fortiori*, pu présenter un intérêt pour les générations à venir d'historiens ? On peut au moins se poser la question.

Document 10 Le Monde - Filmer la justice : une loi pour remettre de l'ordre dans des pratiques illégales

La commission des lois de l'Assemblée nationale examine à partir de mercredi le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire. Son premier article devrait permettre de filmer procès et audiences de manière légale et encadrée.

Par Jean-Baptiste Jacquin, publié le 04 mai 2021 à 19h14 - Mis à jour le 05 mai 2021 à 05h13

Une loi pour que la justice ne soit pas hors la loi ! C'est un des paradoxes du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire dont la commission des lois de l'Assemblée nationale devait débiter l'examen mercredi 5 mai après-midi. Grâce à l'article 1^{er} de ce texte concocté par le ministre de la justice, Eric Dupond-Moretti, des procès et des audiences pourront être filmés afin de permettre « *à nos compatriotes de mieux connaître l'institution judiciaire* », justifiait le garde des sceaux au sortir du conseil des ministres, le 14 avril. Or les chaînes de télévision diffusent déjà des documentaires et des reportages pour lesquels les caméras ont été autorisées, en toute illégalité, à pénétrer les tribunaux et filmer dans le vif de l'action juges, avocats, mis en cause et victimes.

La législation actuelle ne souffre pourtant d'aucune difficulté d'interprétation :

« Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction. »

Cet article 38 ter a été introduit dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse en décembre 1954 par le législateur à la suite d'incidents provoqués par la présence des caméras dans certains procès grand public, comme celui de Gaston Dominici.

Captation de procès historiques

Depuis une loi de 1985, la captation de certains procès historiques est autorisée à des fins d'archives. Une petite quinzaine d'audiences ont ainsi été filmées en trente-cinq ans, dont celles des procès de Klaus Barbie, de Maurice Papon, d'AZF ou plus récemment des attentats de *Charlie Hebdo* et de l'Hyper Cacher.

Seulement un peu plus d'un quart des demandes de tournage obtiennent un feu vert

Rien n'autorisait d'aller plus loin. Pour autant, « *de manière sporadique, des autorisations exceptionnelles de captation d'audiences sont accordées par les chefs de cour lorsque le projet porté par les journalistes ou réalisateurs représente un regard pédagogique manifeste sur les métiers et l'organisation judiciaire* », reconnaît-on au ministère de la justice. Sporadique ? Un euphémisme, alors que 42 demandes de médias pour des tournages incluant des captations d'audiences ont été autorisées en 2019 et 26 en 2020. Mais cette violation de la loi n'est pas totalement incontrôlée puisque, selon le ministère, seulement un peu plus d'un quart des demandes de tournage obtiennent un feu vert.

Les téléspectateurs de TF1 ont ainsi pu voir, le 27 mars, dans l'émission « Grands Reportages », les audiences correctionnelles en matière de violences conjugales du tribunal judiciaire de Blois, et ceux de M6, les comparutions immédiates du tribunal d'Evry dans l'émission « 66 Minutes » du 14 février. Les habitués d'« Infrarouge », sur France 2, ont même eu droit le 18 novembre à des audiences à huis clos dans le cabinet d'un juge des enfants de Bobigny.

Clarifier en exigeant un « motif d'intérêt public »

Le projet de loi se propose donc de clarifier tout ça tout en gravant dans le marbre quelques principes de bon sens, comme l'exigence d'un « *motif d'intérêt public* » pour autoriser l'enregistrement d'une audience, le nécessaire accord préalable des parties s'il s'agit d'une audience non publique, le fait que les modalités de l'enregistrement ne doivent pas porter atteinte au bon déroulement des débats et que le président peut y mettre fin à tout moment, ou le consentement écrit des justiciables et des témoins pour la diffusion d'éléments permettant de les identifier.

« La diffusion (...) n'est possible qu'après que l'affaire a été définitivement jugée »

Surtout, pour limiter les risques de dérive vers une justice spectacle avec des acteurs du procès qui se prendraient pour des acteurs tout court, et ceux de caméras influençant le cours de la justice en prenant

l'opinion à témoin, « *la diffusion, intégrale ou partielle, n'est possible qu'après que l'affaire a été définitivement jugée* », précise le projet de loi.

Dès lors, si des caméras avaient été autorisées au procès en cours de Nordahl Lelandais devant la cour d'assises de la Savoie, aucune image n'aurait pu être diffusée avant un éventuel procès en appel, voire un pourvoi en cassation, soit une ou plusieurs années après le verdict des jurés de Chambéry. La diffusion en direct des procès, comme cela est possible aux Etats-Unis, est exclue.

Promesse de droit à l'oubli

Autre garantie promise par le texte, mais peut-être plus difficile à faire respecter à l'heure d'Internet, le droit à l'oubli. Aucun élément d'identification des personnes ne pourra être diffusé à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la première diffusion.

La principale modification apportée au texte, après son passage au Conseil d'Etat, a été de préciser que l'autorisation de ces tournages reviendra aux juridictions concernées, excluant que cela puisse être décidé, comme envisagé, par le ministre de la justice ou son administration.

Néanmoins, M. Dupond-Moretti cherche à susciter l'intérêt de diffuseurs pour créer un rendez-vous régulier destiné à faire de la pédagogie autour des différentes facettes de la justice. Mais les impératifs d'audience pourraient bien privilégier les grands procès criminels ou ceux mettant en cause des personnalités publiques ; des univers assez éloignés du quotidien des palais de justice.

Lire aussi Article réservé à nos abonnés « Il est temps de laisser entrer les photographes et reporters d'images dans les salles d'audience »

Fasc. 110 : PRESSE ET COMMUNICATION . – Publications interdites

Date du fascicule : 3 Octobre 2016, Date de la dernière mise à jour : 12 Janvier 2021

Jean-Baptiste Thierry - Maître de conférences de droit privé à la faculté de droit, sciences économiques et gestion de l'université de Lorraine - Membre de l'institut François Gény (EA 7301)

II. - Protection de la justice

20. – Diversité des interdictions – La plupart des textes restreignant la liberté de publication sont regroupés aux articles 38 à 41-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dans une division intitulée “*Publications interdites, immunités de la défense*”.

La protection du secret de l'instruction et de la présomption d'innocence font l'objet d'études distinctes auxquelles le lecteur est invité à se reporter (*F. Desportes, Secret de l'instruction : JCl. Procédure pénale, Art. 11, 1998. – J.-H. Robert, Protection de la présomption d'innocence : JCl. Procédure pénale, App. art. 11, 2012*). Il en va de même de la diffusion de fausses nouvelles (*D. Dechenaul, (fasc. actualisé par) P. Conte, Outrage envers les agents diplomatiques étrangers. Fausses nouvelles : JCl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 70, 2014*) ou des publications qui cherchent à jeter le discrédit sur un acte ou une décision juridictionnelle (*J.-H. Robert, Discrédit sur une décision juridictionnelle : JCl. Pénal Code, Art. 434-25, fasc. 20, 2014*). Les intérêts d'une bonne administration de la justice et le respect de la vie privée ont aussi justifié des mesures limitatives concernant le déroulement des débats et leurs comptes rendus. Sont donc protégés le déroulement des procédures, d'une part, et les justiciables eux-mêmes, d'autre part.

A. - Protection du déroulement des procédures

21. – Annonce – La protection du déroulement des procédures se justifie par la protection de la sérénité des débats. Sont ainsi incriminés la publication des actes de la procédure, les enregistrements et les comptes rendus non autorisés des débats judiciaires, ainsi que la diffusion des travaux et délibérations du Conseil supérieur de la magistrature et la souscription en faveur de condamnés.

1° Actes de la procédure

[...]

2° Enregistrement et comptes rendus de débats judiciaires

a) Photographies et enregistrements

29. – Genèse de l'interdiction – La loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 a posé le principe de l'interdiction de la captation des débats judiciaires. Cette loi a fait suite aux perturbations importantes qui avaient émaillé le procès Dominici. La loi n° 81-82 du 2 février 1981 a tempéré l'interdiction. L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 interdit l'emploi, dès l'ouverture des audiences, de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image, mais prévoit que sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues si les débats ne sont pas commencés et si les parties, leurs représentants et le ministère public y consentent. On le voit, une triple autorisation est nécessaire, celle du président qui assure la discipline de l'audience, celle du parquet représentant de l'ordre public et celle des parties en raison du droit à l'image qui est un droit de la personnalité (*L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 1 et 2*). Est par ailleurs prohibée la cession ou la publication des éléments obtenus en violation des dispositions précitées (*L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 4*). Dans le cadre de la police de l'audience, le président a le pouvoir de faire procéder à la saisie de tout appareil ou support utilisé (*L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 3*).

L'enregistrement des débats est donc prohibé, pour éviter qu'un procès ait lieu hors les murs de la salle d'audience. Cette interdiction d'enregistrement ne concerne pas tous les procès, puisque le texte ne vise que les juridictions administratives ou judiciaires. La Cour de cassation considère que si toute personne a droit à la liberté d'expression, et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas de l'article 38 ter, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (*Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-87.526 : JurisData n° 2010-011281*).

30. – Illustrations – Comment l'infraction le prévenu qui enregistre une audience à l'aide d'un magnétophone pour la reporter à son épouse (*CA*

Poitiers, 3 mai 1990 : *JurisData* n° 1990-046017). Il en va de même pour un avocat qui enregistre sur un dictaphone la plaidoirie d'un confrère (*CA Aix-en-Provence*, 11 mai 1998, n° 572M98 : *JurisData* n° 1998-042470) ou le directeur de publication qui publie une photo d'un prévenu, de dos, à l'audience (*CA Douai*, 3 mars 1999, n° 99/00003 : *JurisData* n° 1999-045434). La diffusion d'un enregistrement vidéo représentant le prononcé par le président d'une cour d'assises d'un verdict de condamnation, captée sur un moniteur de la salle de presse située à côté de la cour d'assises et réservée aux journalistes accrédités, dans laquelle les audiences étaient retransmises en direct par un système de vidéo-transmission, caractérise également l'infraction (*CA Paris*, 1er oct. 2009, n° 09/00619 : *JurisData* n° 2009-014077).

31. – Répression – Les infractions sont punies d'une amende de 4 500 € avec faculté de prononcer la confiscation du matériel (*L. 29 juill. 1881*, art. 38 ter, al. 4 et 3). La peine est portée à 18 000 € d'amende si les faits ont été commis à une audience de la cour d'assises (*CPP*, art. 308).

32. – Délimitation – Ne constitue pas une inobservation de ce texte dont les dispositions ne sont au demeurant pas prescrites à peine de nullité, l'utilisation pendant les débats d'un matériel permettant de communiquer simultanément aux juges et aux parties par projection sur les écrans, d'un circuit interne de télévision, les plans et photographies des lieux du crime (*Cass. crim.*, 21 avr. 1982, n° 81-91.472).

D'autre part, en application de l'article 308, alinéa 2 du Code de procédure pénale, le président peut ordonner que les débats feront l'objet sous son contrôle d'un enregistrement sonore placé sous scellés et déposé au greffe dans le seul intérêt d'une bonne administration de la justice. L'alinéa 3 précise que cet enregistrement pourra être utilisé jusqu'au prononcé de l'arrêt et, ultérieurement, dans le cadre d'une demande de révision. À la suite d'une décision du Conseil constitutionnel de 2015 (*Cons. const.*, 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC : *JurisData* n° 2015-025922 ; *JO* 22 nov. 2015 ; *JCP G* 2016, 119, note A. Botton ; *Procédures* 2016, comm. 30, note J. Buisson), le législateur est intervenu pour préciser que le défaut d'enregistrement sonore, lorsque celui-ci est obligatoire en application du deuxième alinéa, constitue une cause de cassation de l'arrêt de condamnation s'il est établi qu'il a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne condamnée (*CPP*, art. 308, al. 6, entrée en vigueur 1er septembre 2016, *rédaction L. n° 2016-731*, 3 juin 2016).

33. – Comptes rendus simultanés – L'utilisation d'appareils permettant de faire un compte-rendu en direct de l'audience n'est en revanche pas incriminée. La pratique du live tweet de nombreux chroniqueurs judiciaires dépend donc entièrement de la volonté du président de la juridiction, qui peut l'autoriser ou l'interdire en vertu de son pouvoir de police de l'audience. Note de la rédaction – Mise à jour du 12/01/2021

33. - Comptes-rendus simultanés

Dans sa décision n° 2019-817 QPC du 6 décembre 2019, le Conseil constitutionnel a considéré que l'incrimination de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 que l'atteinte portée à la liberté d'expression par cette incrimination était nécessaire, adaptée et proportionnée. Il a notamment reconnu que l'incrimination n'empêchait pas les journalistes de rendre compte des débats pendant leur déroulement (*Cons. cons.*, 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC : *JurisData* n° 2019-021938).

L'interdiction instituée par l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, qui commence dès l'ouverture de l'audience et se prolonge jusqu'à ce que celle-ci soit levée, s'applique pendant les périodes de suspension de l'audience. Cette incrimination constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à garantir la sérénité et la sincérité des débats judiciaires, qui conditionnent la manifestation de la vérité et contribuent ainsi à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire (*Cass. crim.*, 24 mars 2020, n° 19-81.769 : *JurisData* n° 2020-005261).

34. – Archives – La constitution d'un fonds d'archives historiques a été autorisée par la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 (*JO* 12 juill. et *rect. 13 nov. 1985*), laquelle a été en grande partie abrogée et codifiée dans le Code du patrimoine. Les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Une autorisation doit être donnée pour les juridictions de l'ordre administratif par le vice-président pour le Conseil d'État et, pour toute autre juridiction, le président de celle-ci ; pour les juridictions de l'ordre judiciaire, le premier président pour la Cour de cassation, et pour la cour d'appel et autres juridictions de son ressort, le premier président de la cour d'appel. La décision d'enregistrement est prise soit d'office, soit à la demande d'une des parties ou ses représentants, ou du ministère public (*C. patr.*, art. L. 221-1 à L. 221-3). Ce

dispositif très restrictif a donné lieu à l'enregistrement de seulement 8 procès.

35. – Consultation des archives – Les enregistrements – audiovisuels ou sonores – sont communicables à des fins historiques ou scientifiques dès que les instances ont pris fin par une décision devenue définitive.

Les reproductions ou les diffusions, en tout ou partie, des enregistrements sont subordonnées à une autorisation accordée par le président du tribunal de grande instance de Paris ou par le juge qu'il délègue à cet effet, après que toute personne justifiant d'un intérêt pour agir a été mise en mesure de faire valoir ses droits. Cependant, dans le cas de l'enregistrement des audiences d'un procès pour crime contre l'humanité, la reproduction ou la diffusion peut être autorisée dès que ce procès a pris fin par une décision devenue définitive.

Après cinquante ans, les reproductions et les diffusions des enregistrements sont libres (*C. patr.*, art. L. 222-1, rédaction L. n° 2008-696, 15 juill., art. 18).

36. – Cas particulier des documentaires – La pratique judiciaire a cependant autorisé que certaines audiences soient filmées à des fins documentaires. L'enregistrement des audiences par des cinéastes a ainsi donné lieu à de multiples documentaires, en violation de la loi (sur cette question : *Rapp. de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires*, 2005). Il n'est toutefois pas certain que des condamnations soient justifiées.

La Cour européenne des droits de l'homme a en effet considéré que la sanction d'une journaliste en raison de la diffusion d'un enregistrement sonore de débats tenus au cours d'une audience publique, constituait une violation de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*CEDH*, 22 mars 2016, n° 48718/11, *Pinto Coelho c/ Portugal*).

[...]

De l'histoire à la mémoire : procès télévisé et droits de la personnalité

Commentaire par Jacques RAVANAS Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III

Le Premier Président de la Cour d'appel de Versailles a, en cette seule qualité, et non en celle de Président de la Cour d'assises des Yvelines, par application de l'article 2 de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985, autorisé l'enregistrement audiovisuel du procès pour complicité de crime contre l'Humanité de Paul Touvier en raison de l'intérêt que présente cet enregistrement pour la constitution d'archives historiques de la justice.

L'atteinte aux droits de la personnalité alléguée par le demandeur pouvant résulter de la reproduction ou de la diffusion de l'enregistrement des audiences, est justifiée par la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise. Le demandeur ne saurait dès lors reprocher à l'autorité compétente de s'être prononcée sans avoir égard au droit qu'il détient sur son image.

Constitution d'archives historiques de la justice

Cass. crim., 16 mars 1994 ; Touvier .

LA COUR ; - (...) Vu la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice et son décret d'application du 15 janvier 1986 ;

Vu les mémoires produits en demande et en défense ;

Attendu que Paul Touvier est renvoyé devant la Cour d'assises des Yvelines sous l'accusation de complicité de crime contre l'Humanité ; que, saisi en application de la loi du 11 juillet 1985 par plusieurs parties civiles d'une demande tendant à l'enregistrement audiovisuel des audiences publiques consacrées au jugement de cette affaire, le Premier Président de la Cour d'appel de Versailles a, par l'ordonnance déferée, fait droit à la requête en raison de l'intérêt que présente cet enregistrement pour la constitution d'archives historiques de la justice ;

En cet état :

Sur le premier moyen d'annulation, pris de la violation des articles 1^{er}, 2, 3^o et 3, alinéa 2, de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985, 2 et 4 du décret n° 86-74 du 15 janvier 1986 et R. 131-20 du Code de l'organisation judiciaire ;

"en ce que l'ordonnance attaquée a autorisé l'enregistrement audiovisuel du procès pour crime contre l'Humanité qui se déroulera, à partir du 17 mars 1994, devant la Cour d'assises des Yvelines ;

"alors que, pour les juridictions de l'ordre judiciaire autres que la Cour de cassation, c'est le Premier Président de la cour d'appel qui est compétent pour donner l'autorisation d'enregistrer l'audience publique d'une juridiction de son ressort ; que le président de la juridiction dont il est question d'enregistrer l'audience, n'est appelé, lui, qu'à fournir des observations ; qu'il ressort de l'ordonnance attaquée que le Premier Président qui a rendu l'ordonnance attaquée, présidera la Cour d'assises des Yvelines lors de la session qui s'ouvrira le 17 mars 1994 ; qu'il s'ensuit qu'on ignore si la décision qui autorise l'enregistrement a été prise par le Premier Président de la cour d'appel ou par le président des assises ; que l'ordonnance attaquée est entachée d'incompétence" ;

Attendu que contrairement aux allégations du demandeur, il résulte de la décision attaquée que celle-ci a été prise par le Premier Président de la Cour d'appel de Versailles, en cette seule qualité, par application de l'article 2 de la loi du 11 juillet 1985, et non en celle de Président de la Cour d'assises des Yvelines ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Sur le second moyen d'annulation, pris de la violation des articles 1^{er} et 8, ce dernier tel que modifié par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985, 4 du décret n° 86-74 du 15 janvier 1986, 9 et 9-1 du Code civil ;

"en ce que l'ordonnance attaquée a autorisé l'enregistrement audiovisuel du procès pour crime contre l'Humanité qui se déroulera, à partir du 17 mars 1994, devant la Cour d'assises des Yvelines ;

"au motif qu'"au vu de la nature et de la date des faits qui s'inscrivent dans le contexte d'une période marquante de l'Histoire de France, il apparaît que l'enregistrement audiovisuel des débats présente un

intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice, au sens de l'article 1 de la loi du 11 juillet 1985" (cf. ordonnance attaquée, p. 3, second attendu) :

"alors que la personne accusée d'un crime contre l'Humanité, qui est présumée innocente, conserve son droit sur sa propre image ; qu'en ordonnant l'enregistrement audiovisuel du procès pour complicité de crime contre l'Humanité qui est intenté contre Paul Touvier, sans avoir égard au droit que celui-ci a sur sa propre image, la juridiction du Premier Président de la cour d'appel, qui ne fait attention qu'à l'intérêt que représente la constitution d'archives historiques, et qui méconnaît que l'enregistrement qu'elle autorise pourra, avec la permission de la juridiction du Président du Tribunal de grande instance de Paris, être diffusée dès que le procès aura pris fin par une décision définitive, a violé les textes susvisés" ;

Attendu que l'atteinte aux droits de la personnalité alléguée par Paul Touvier, pouvant résulter de la reproduction ou de la diffusion de l'enregistrement des audiences, est justifiée par la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise ;

Que le demandeur ne saurait dès lors reprocher à l'autorité compétente de s'être prononcée sans avoir égard au droit qu'il détient sur son image ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs :

Rejette le recours en annulation ; (...)

Note De l'histoire à la mémoire : procès télévisé et droits de la personnalité.

1. - Alors qu'on s'interroge, aux USA, sur les dérives de la justice consécutives à la frénésie médiatique, le recours, en France, aux techniques audiovisuelles pour constituer la mémoire du procès peut-il être entravé par les droits de la personnalité ?

Il pouvait paraître anormal, voire impardonnable, à une époque marquée par le développement de l'image et du son que ne subsiste, dans les archives de la justice, qu'un dossier, les enseignements essentiels, pour l'histoire, résultant du déroulement des audiences. Tandis que photographes de presse et opérateurs de prises de vues et de son n'avaient plus libre accès depuis 1954 ^{Note 1} aux salles d'audience, la loi du 11 juillet 1985 ^{Note 2} autorise l'enregistrement audiovisuel ou sonore des audiences publiques des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice. Le but de la loi : constituer une "mémoire vivante" de la justice. L'article 8 interdit toute reproduction de l'enregistrement pendant les vingt années qui suivent la clôture du procès. Elle pourrait être lourde de conséquences pour les parties au procès tout particulièrement en matière pénale. Mais la loi du 13 juillet 1990 ^{Note 3} rendant moins inégale, on veut l'espérer, "la lutte entre la marée irrésistible de l'oubli qui à la longue submerge toutes choses et les protestations désespérées mais intermittentes de la mémoire" ^{Note 4} a complété ^{Note 5} ce texte pour permettre la diffusion d'un procès pour crime contre l'Humanité dès que celui-ci a pris fin par une décision définitive.

2. - Tandis que Paul Touvier est renvoyé, le 17 mars 1994, devant la Cour d'assises des Yvelines sous l'accusation de complicité de crime contre l'Humanité ^{Note 6}, plusieurs parties civiles saisissent le Président de la Cour d'appel de Versailles d'une demande tendant à l'enregistrement audiovisuel des audiences publiques du procès. Par ordonnance du 7 février 1994, celui-ci fait droit à la requête "en raison de l'intérêt que présente cet enregistrement pour la constitution d'archives historiques de la justice". L'accusé demande à la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'annuler cette décision "entachée d'incompétence" : on ignorerait si elle a été prise par le Premier Président de la cour d'appel, seul ici compétent ^{Note 7}, ou par le Président des assises. Surtout, elle n'aurait "pas égard au droit que Paul Touvier a sur sa propre image, l'enregistrement pouvant, avec la permission de la juridiction du Président du Tribunal de grande instance de Paris, être diffusé dès que le procès aura pris fin par une décision définitive".

3. - L'arrêt, ci-dessus reproduit, rejette le pourvoi : la télévision entre au prétoire "avec la permission de la loi". Elle y pénètre pour une meilleure connaissance de notre histoire et de notre justice. Est-ce l'unique fondement de la permission légale ? Par contraste avec le droit de la personne sur son image (droit de s'opposer à la réalisation et à la publication de ses traits sans son consentement) dont se prévaut, après un demi-siècle de combat judiciaire, l'accusé, longtemps réfugié dans la clandestinité, cet arrêt, rendu le 16 mars 1994, laisse transparaître un autre "droit à l'image", prérogative positive, "droit-

exigence" que les parties civiles exercent au nom de ces millions de visages qui, faute de sépulture dans les camps de l'oubli, cherchent un abri dans notre mémoire. Au-delà de l'histoire (I) la mémoire (II), si l'on veut bien admettre qu'elle est l'expression ultime de la justice et du respect des personnes.

I. - LE PROCÈS TÉLÉVISÉ ET L'HISTOIRE

4. - Dérangé dans sa douloureuse intimité, le témoignage du génocide juif émerge peu à peu dans le champ de l'action judiciaire ^{Note 8}. La mort du Général de Gaulle (1969) autour duquel s'est construit "le mythe confortable d'une France résistante unanime", la réapparition du milicien Touvier à travers la grâce de Pompidou (1971), la sortie du film "Le chagrin et la pitié" qui montre pour la première fois le contraste des attitudes face à Vichy et à l'occupant et la traduction, en langue française, du livre de R. Paxton "La France de Vichy", délaissant la description de la France résistante, favorisent un retour brutal de l'histoire des "années noires" ^{Note 9}. Tandis que Serge Klarsfeld pose à l'opinion publique la question de la responsabilité des complices français de "la solution finale", on réalise, *a posteriori*, en France, que l'énorme opération policière de chasse aux juifs entre 1940 et 1944, sur tout le territoire européen, est un événement barbare sur un continent civilisé. On prend conscience que leur liquidation organisée par le peuple le plus évolué, au point de vue éducatif et technique, est un événement majeur de l'Humanité. Les survivants deviennent des témoins exceptionnels. Par la personnalisation qu'elle implique, l'action judiciaire apparaît comme le meilleur moyen de faire passer auprès du grand public les événements dont les personnages ciblés et retrouvés ont été les acteurs. La radio et la télévision prennent le relais. Avec la permission de la loi, les audiences du procès sont filmées : "procès en images"(A) dans l'attente des "images du procès"(B).

A. - Procès en images : la permission de la loi

5. - Le premier moyen d'annulation est fondé sur un vice d'incompétence : la loi du 11 juillet 1985 donne compétence, pour autoriser l'enregistrement au Président de la cour d'appel (art. 2, al. 3), le Président de la cour qui est généralement un conseiller à la cour d'appel n'étant appelé qu'à fournir des observations. Selon le pourvoi, on ignorerait si l'ordonnance a été rendue par celui-ci ou par celui-là, le Président de la Cour d'appel de Versailles ayant lui-même présidé la session d'assises. Elle serait donc "entachée d'incompétence". Ce moyen est évidemment écarté car c'est en cette seule qualité que le Premier Président de la Cour d'appel de Versailles avait pris la décision. Au cours des travaux préparatoires de la loi de 1985, deux systèmes avaient été envisagés : décision prise par l'autorité judiciaire ; autorisation donnée par le Garde des sceaux ou une commission. Le choix en faveur de l'autorité judiciaire a finalement été jugé préférable : il donne compétence à un magistrat du siège par principe indépendant ; il respecte le principe de la séparation des pouvoirs.

6. - Selon le second moyen d'annulation, l'ordonnance critiquée *"n'a fait attention qu'à l'intérêt que présente la constitution d'archives historiques, alors que la personne accusée d'un crime contre l'Humanité, qui est présumée innocente, conserve son droit sur sa propre image"*. La Cour de cassation souligne, à bon droit, que *"l'atteinte aux droits de la personnalité alléguée par Paul Touvier, pouvant résulter de la reproduction ou de la diffusion de l'enregistrement des audiences, est justifiée par la loi du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice, sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise"*. La permission de la loi satisfait l'intérêt qu'offre l'enregistrement de certains procès, soigneusement sélectionnés, pour une meilleure connaissance de notre histoire et de notre justice. Le fait-elle au détriment des droits de la personnalité ?

7. - Afin de respecter la présomption d'innocence ^{Note 10} le législateur de 1985 a repoussé l'éventualité d'une diffusion des débats avant qu'une décision définitive ne soit rendue : s'agissant des personnes qui sont jusqu'à l'issue du procès présumées innocentes, il ne paraissait pas possible d'aller au-delà sans porter atteinte aux principes du droit de la personnalité. Le souhait que les techniques audiovisuelles soient utilisées pour élargir le public de l'audience jusqu'aux limites du public des téléspectateurs ^{Note 11} n'a pas été entériné pour la raison principale que la retransmission en direct de "grands procès" menace la sécurité et la vie privée des personnes concernées, au premier chef celles de l'accusé qui, pourtant présumé innocent, risque par sa désignation à des millions de téléspectateurs d'être considéré comme un coupable que son acquittement ultérieur, voire une amnistie, ne laverait pas pour autant de tout soupçon.

8. - Respectueuse de l'article 9-1 du Code civil, la loi de 1985 limite, en revanche, le droit des parties au procès sur leur image : leur consentement n'est pas exigé ; elles peuvent tout au plus faire valoir les inconvénients, pour leur sécurité et le respect de leur vie privée, de l'enregistrement des débats. Les

risques ici encourus sont minimes en raison du perfectionnement des techniques permettant d'accomplir un travail silencieux, sans lumière spéciale, les caméras étant, elles-mêmes, dissimulées. L'immixtion au cœur de la vie intime existe néanmoins en son principe : "qu'y a-t-il de plus indiscret et indécent qu'un procès lorsqu'on y assiste ?" "J'avoue, déclare l'un des techniciens lors du procès de Klaus Barbie, que pendant les dépositions des témoins des parties civiles, j'étais bien content d'être très occupé. Dans la cabine, l'émotion était énorme ; il n'y a que nous qui les avons vu déposer en très gros plan, avec leur peine sur le visage, parfois les larmes. Nous avons pu mettre côte à côte les images de quelques témoins et celles de Barbie" ^{Note 12}. Les images du procès livreront cette intimité.

B. - Images du procès : l'objet de la loi

9. - De larges concessions sont aujourd'hui faites à l'histoire : outre le support, la bobine cinématographique, qui ajoute, à la puissance du verbe, la magie de l'image, le législateur de 1985 fixe des délais beaucoup plus brefs que ceux établis en 1979, par la loi sur les archives ^{Note 13} : vingt ans (au-delà desquels la diffusion est subordonnée à une procédure particulière) ; cinquante ans (la reproduction et la diffusion étant libres passé ce délai) ^{Note 14}. Il importe peu que les parties au procès aient ou n'aient pas "disparu de la scène des vivants". Mais les conséquences de l'atteinte légale au droit de la personne sur son image sont tempérées par l'autonomie des concepts de droit subjectif et de responsabilité civile : *"en tout état de cause, soulignent les travaux préparatoires de la loi, les personnes qui estimeraient que la diffusion d'un enregistrement leur porte préjudice pourraient engager les procédures de droit commun prévues par le Code civil pour obtenir réparation"* ^{Note 15}.

10. - Les images du procès Touvier continueront à éclairer les générations futures sur une période trouble de notre histoire nationale. L'erreur serait, ce faisant, de faire de notre justice un tribunal de l'histoire : "oublier l'accusé pour se focaliser sur l'histoire". Le visage et la voix des parties aideront à ne pas tomber dans le piège. Tourné vers le passé, ce procès s'inscrit lui-même dans l'histoire ; il s'y inscrit mieux par l'image et par le son. C'est une meilleure compréhension non pas de l'histoire dans le procès mais du procès dans l'histoire que l'on peut ici attendre. Que d'interrogations n'auraient-elles pas été livrées si le procès du capitaine Dreyfus avait été intégralement filmé ? Par l'écran, le voile du temps n'a pas davantage prise sur le procès télévisé : Nuremberg, Eichmann, Barbie, Touvier..., on attend des techniques audiovisuelles, qu'elles favorisent la généalogie de ces "grands procès" et qu'elles conduisent à réfléchir, comme le font les enseignements d'histoire depuis bientôt quinze ans, à la façon dont est enseignée la Shoah.

11. - Que le procès télévisé devienne un outil pédagogique, tel est l'objet de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. Complétant l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985, elle apporte aux délais posés par ce texte l'exception suivante : *"Toutefois, la reproduction ou la diffusion, intégrale ou partielle, de l'enregistrement des audiences d'un procès pour crime contre l'Humanité peut être autorisée dès que ce procès a pris fin par une décision définitive"*.

12. - Les droits de la personnalité, à l'exception du droit au respect de la présomption d'innocence, s'inclinent. Cette permission légale, qui n'exclut pas, ici non plus, une action en réparation fondée sur l'article 1382 du Code civil, repose sur la gravité exceptionnelle du crime contre l'Humanité ^{Note 16} : ce crime s'accompagne d' *"une violation volontaire, délibérée et gratuite de la dignité des victimes parce qu'elles appartiennent à un groupe humain qui n'est pas celui des bourreaux ou qui n'en acceptent pas la domination"*.

Au-delà de ce vieux penchant (auquel on suppose au moins une valeur d'instruction) qui nous incline à demander à l'histoire les moyens de guider notre action, notre devoir n'est-il pas ici de satisfaire aussi les exigences impérieuses de la mémoire ?

II. - LE PROCÈS TÉLÉVISÉ ET LA MÉMOIRE

13. - L'heure, dit-on, est aux vertus de la mémoire. En France où abondent pourtant "les non-lieux de la mémoire" ("nous aimons les amnisties ; nous préférons ne pas savoir"), la loi du 11 juillet 1985, telle que modifiée en 1990, est un des aspects les plus novateurs et les plus remarquables de la lutte contre "l'amnésie volontaire" contre "l'effet délétère" et "les formes médicamenteuses" de l'oubli, contre "le simple malheur colmaté ou camouflé" ^{Note 17}. Autour de la mémoire et contre l'oubli : le procès et ses images (sonores et visuelles) constituent de nouveaux lieux de la mémoire. Ses audiences n'écrivent ni ne réécrivent pas l'histoire. Mais juger Touvier c'est rendre justice aux victimes et les inscrire en mémoire.

14. - À la différence de l'histoire qui génère une approche critique, conduite du dehors, dans la recherche de la vérité, la mémoire est fidélité : *"elle se place dans l'événement, le remonte en quelque sorte,*

cheminant à l'intérieur du sujet ; elle se fait contemporaine de ce qu'elle tente de transmettre". Par la mémoire, nous nous soumettons, non à l'atemporalité d'une loi morale universelle mais au passé, à la présence en nous, toujours particulière du passé ; qu'il s'agisse du passé de proches ou du passé de l'Humanité ^{Note 18}. La mémoire, parce qu'elle est fidélité, est d'abord un devoir : le respect dû par chacun et, pour tous, la solidarité (A). Dans notre Humanité, elle est également un droit enraciné dans le creuset le plus intime de la personnalité (B).

A. - La mémoire, devoir de solidarité

15. - Les droits de l'homme ne seraient-ils pas mieux respectés si l'on acceptait d'inverser cette pente naturelle qui consiste à réfléchir davantage aux droits des individus et des peuples qu'à leurs devoirs ? Il est nécessaire que la solidarité des êtres s'affirme non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps, par la médiation de la mémoire. Permanente est la tentation de la dénégation. La Shoah, cette "machinerie de mort", reposait sur ce seul principe que les gens ne sachent ni où ils arrivent ni ce qui les attend. Les Français savaient-ils ? Ils doivent au moins savoir : 3 octobre 1940, publication, au *Journal officiel*, du statut des juifs de nationalité française ; mai 1942 : les juifs de plus de six ans doivent porter une étoile jaune, les lieux publics leur sont interdits ; 16-17 juillet 1942, 12.884 juifs sont raflés et parqués à Drancy et au Vel d'Hiv ; 28 juin 1944, les habitants de Rillieux-la-Pape (Rhône) entendent vers 6 heures une série de déflagrations : sept juifs, raflés la veille par des miliciens, sont abattus. Ordonnée par Touvier qui comparait, de ce chef, pour complicité de crime contre l'Humanité, cette misérable chasse aux israélites symbolise ce que fut l'ignominie ordinaire de la milice. Son récit, au cours des débats du procès, dépeint la barbarie d'une époque où les affidés de Vichy, fascinés par Berlin, pouvaient au nom de l'État français s'offrir le nombre de "têtes désirées". Ils ne sont plus qu'une poignée à pouvoir témoigner, dans le souvenir, non altéré, cinquante ans après, de la perte d'un proche ; ce témoignage est conservé "pour mémoire". Devoir de justice et de solidarité oblige tant il est vrai que le procès Touvier est moins celui de Vichy que le procès de la politique anti-juive sous Vichy.

16. - *"La plupart des tyrannies modernes ne se sont pas bornées à régner par la terreur, la peur et le mensonge ; beaucoup se sont efforcées d'abolir systématiquement la mémoire collective, de réécrire le passé, en supprimant ou en falsifiant des pans entiers de l'histoire du pays et de la conscience nationale. C'est pourquoi, il est si important de restaurer la mémoire : sa réhabilitation est la seule riposte à ce qui fut une tentative de mutilation de l'esprit et de la société"* ^{Note 19}.

17. - N'est-elle pas la seule riposte aussi au révisionnisme, cette intolérable agression contre les morts, les survivants et la société toute entière ? Son but : la profanation et la destruction de la seule tombe des victimes, qui est notre mémoire, et l'érosion de la conscience même du crime. "En nous recommandant l'oubli, les professeurs de pardon nous conseillent ce qui n'a nul besoin d'être oublié. C'est le passé qui réclame notre pitié et notre gratitude ; lui ne se défend pas tout seul comme se défendent le présent et l'avenir. Tel est le devoir de mémoire, l'exigeant devoir, l'absolu et l'imprescriptible devoir de mémoire". Les philosophes se demandent si l'humanité a bien reçu la leçon d'Auschwitz et c'est en général pour en douter sérieusement. Les juristes, ceux de Nuremberg, ont, eux, inventé le concept de crime contre l'humanité pour sauvegarder le droit à la mémoire. Son attribut essentiel : l'imprescriptibilité qui consiste à reculer à l'infini les limites de l'oubli. Ce crime s'inscrit pour ainsi dire au "passif" du "patrimoine moral" de l'humanité, "l'histoire de la répression dont fut victime un peuple appartenant quant à elle, d'une certaine manière, à son patrimoine culturel" ^{Note 20}. De ce point de vue, l'important n'est pas la gravité de la peine prononcée mais le fait même que le procès ait lieu, avec ses dossiers, la publicité des audiences et pour consolider la mémoire, les images du procès. Les parties civiles se prévalent aussi de la mémoire, droit de la personnalité.

B. - La mémoire, droit de la personnalité

18. - Débutant par une dénégation totale et immédiate de l'identité, l'univers concentrationnaire n'est pas seulement institutionnalisation de la mort avancée : *"Le monde occidental, écrit Hannah Arendt, a, jusqu'ici, même dans les périodes les plus noires, accordé à l'ennemi tué le droit au souvenir. Les camps de concentration en rendant la mort, elle-même anonyme, dépouillaient la mort de sa signification : le terme d'une vie accomplie. Une telle mort qui n'a fait qu'enterrer le fait que l'individu n'a jamais existé est la mort de la mort : l'organisation de l'oubli"* ^{Note 21}.

19. - Le droit est-il uniquement fait pour protéger les vivants ? Un constat : *"aux morts le droit ne s'intéresse guère : il ne fait qu'organiser la transmission de leurs biens et de leurs droits"* ^{Note 22}. Une justification : *"Une fois morte, la personne est incapable d'être l'objet d'un préjudice, parce qu'elle ne peut plus être sujet de droits ou d'obligations"* ^{Note 23}. Voudrait-on ignorer la mémoire des êtres alors

que la jurisprudence prête avec abondance une mémoire aux choses ^{Note 24} ? La loi du 29 juillet 1881 (art. 34) protège la mémoire des morts quand *"elle se confond à l'honneur de l'héritier"*. *"Sous couvert de la mémoire du mort, les vivants poursuivent ici la satisfaction de leurs propres intérêts ou de leurs propres sentiments"*. Mais contre l'oubli, *"cette seconde mort"*, *"avec l'aide des vivants, parfois aussi contre leur opposition, il est des cas où la mémoire des morts est protégée en elle-même comme souvenir de la personnalité des défunts"* ^{Note 25} ; l'hommage rendu à leur mémoire protège véritablement leur personnalité, leur identité la plus intime.

20. - Si l'on veut bien admettre que *"la mort n'implique pas l'oubli du passé"* ^{Note 26} et que la justice consiste à rendre à chacun le sien, on découvre à travers ce procès la satisfaction d'un besoin impérieux : "faire" mémoire, restituer une mémoire (*restitutio in integrum*) aux déportés victimes de "la solution finale" tombés dans l'oubli. *"Cette mémoire renvoie à l'essence même du visage voué à l'extériorité et demandant un autre qui le regarde et qui le sauve de l'oubli"* ^{Note 27}. Parce qu'elle protège la mémoire en tant que telle, la loi du 11 juillet 1985 renforce la satisfaction de ce besoin. On veut espérer que les images du procès conserveront la mémoire des victimes.

21. - Au droit de Touvier sur son image (2e moyen du pourvoi) la Chambre criminelle de la Cour de cassation oppose, en vérité, un autre droit de la personnalité, droit des morts. Ce droit n'a pas pour fin de soustraire leur image à la vue du public ^{Note 28} mais au contraire de la lui produire : *"à défaut de sépulture, c'est un refuge dans notre mémoire que viennent chercher tous ceux qui ont été gazés, brûlés, noyés et dont la dernière des humiliations fut la dispersion au vent des fumées des crématoires"* ^{Note 29}. "Droit-créance" et non pas "droit-résistance", tel est ce droit des morts à l'identité et à la mémoire afin qu' *"ils ne sombrent pas dans la mer de l'anonymat et du nombre"* ^{Note 30}. Ce droit de la personnalité est imprescriptible, indisponible comme tous les droits de la personnalité.

22. - Le droit à la mémoire est aussi un droit des vivants. C'est un droit de l'homme, un droit sacré lié à la nature de l'homme : *"la dignité de l'homme est dans la pensée ; la dignité de la pensée est dans la mémoire ; toute conscience est mémoire"* ^{Note 31}. Ce droit de l'homme est un droit de la personnalité : il est nécessaire pour répondre à une énigme identitaire, pour fixer une appartenance. Comme le droit des morts à la mémoire, il est indisponible, imprescriptible ; c'est aussi un droit-créance, un pouvoir d'exiger, "le droit à" traduisant les exigences impérieuses de la conscience individuelle. Il est opposable à tous ^{Note 32}.

23. - On retrouve ici cette fonction du procès conservé en mémoire, qui est d'"authentifier" que la dignité de l'homme a été bafouée. Du vivant des auteurs ou complices de crime contre l'Humanité, le jugement a cette fonction même si les juges ont un unique devoir : proclamer un verdict contre l'accusé. Pour les victimes (survivantes), il y a le malheur qui coupe une vie en deux, la césure qui fait que jusqu'à la mort, il y aura dans l'histoire individuelle de la victime un avant et un après. L'authentification par le juge reconnaît la personne en ce qu'elle est mutilée. Sans cette authentification certains peuples souffrent d'un trop plein de mémoire, vivant dans la hantise de l'oubli.

24. - L'œuvre de justice correspond à un besoin en même temps que son archivage lui permet d'être un mode de transmission de la mémoire collective. Aucune société ne peut se dispenser de forger une mémoire collective sous peine de disparaître ou de perdre son identité. La mémoire collective réalise sans cesse un compromis entre le présent et le passé. L'oubli de l'histoire est une faute contre l'humanité ^{Note 33}.

"Gardons-nous d'oublier de nous souvenir et de sombrer dans l'entreprise perverse de l'oubli de fuite, la stratégie d'évitement en cherchant avec obstination à ne pas savoir, à ne pas nous informer, à ne pas enquêter sur le mal commis. L'Europe occidentale n'a-t-elle pas trop concédé à la volonté têtue de ne pas savoir ?" ^{Note 34}. Mais *"il y a certainement mieux à faire que de se souvenir dans le deuil et le grief"* ^{Note 35}. *"La mémoire doit conduire à lutter contre les crimes en train de se commettre loin (ou près) de chez nous"* ^{Note 36}. Selon les mots d'Heidegger : *"la racine du passé est dans l'avenir"*.

Note 1 Loi du 6 décembre 1954 complétant l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Note 2 L. n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice : JO 12 juill. 1985, p. 7865 ; JCP 1985, éd. G. III, 57447.

Note 3 L. n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe : JO 14 juill. 1990, p. 8333 ; JCP 1990, éd. G. III, 64046.

Note 4 Jankélévitch, Visages de la résistance, présentation par F. George, La liberté de l'esprit, n° 17, Lyon, éd. La manufacture, 1987, p. 17.

Note 5 V. L. 11 juill. 1985, art. 8, al. 2.

Note 6 La condamnation de Touvier à la réclusion criminelle à perpétuité pour complicité de crime contre l'Humanité est devenue définitive depuis le rejet par Cass. crim., 1er juin 1995 (JCP 1995, éd. G. IV, 2264 ; Le Monde, 3 juin 1995, p. 9) du pourvoi qu'il a formé contre l'arrêt de la Cour d'assises des Yvelines du 20 avril 1994 le déclarant coupable d'avoir ordonné l'exécution de 7 otages juifs en juin 1944 dans le Rhône.

Note 7 L. 11 juill. 1985, art. 2, 3°.

Note 8 V. spéc. S. Klarsfeld et H. Rousso, Histoire et justice : Esprit, mai 1992, p. 25 et s. ; H. Rousso, Une justice impossible, l'épuration et la politique antijuive de Vichy, Annales ESC, mai-juin 1973, n° 3, p. 491 et s. et p. 745 et s.

Note 9 Sur l'évolution historiographique du sujet, V. R. Poznanski, Vichy et les Juifs. Des marges de l'histoire au cœur de son écriture, in Le Régime de Vichy et les Français, sous la direction de J.-P. Azéma et F. Bédarida avec la collaboration de D. Peschanski et H. Rousso, Paris, Fayard/IHRP, 1992, p. 57 à 67.

Note 10 C. civ., art. 9-1 (L. n° 93-2, 4 janv. 1993, art. 47 ; JCP 1993, éd. G. III, 65891) ; V. notamment P. Auvret, Le droit au respect de la présomption d'innocence : JCP 1994, éd. G. I, 3802 ; J.-H. Robert, Jouissance des droits civils, Protection de la présomption d'innocence : J.-Cl. Civil, art. 9-1 ou Notarial Répertoire, V° Vie privée, Fasc. 3.

Note 11 Ce souhait ne peut prendre appui sur le principe de la publicité de la justice : si le public est admis à l'audience c'est au titre d'une garantie de bonne justice ("protéger les justiciables contre une justice secrète qui échapperait au contrôle du public"), cette garantie contribuant elle-même à réaliser "le procès équitable". V. notamment les arrêts de la CEDH analysés par P. Lambert, Le droit à la publicité de la procédure in La Convention européenne des droits de l'homme, éd. Nemesis 1992, p. 44.

Note 12 L. Greislsamer, Des caméras pour l'histoire : Le Monde, 20 juin 1987, p. 8.

Note 13 Trente ans étant le délai normal de communication des archives publiques, délai porté à soixante ans, cent ans, cent-vingt ans, cent-cinquante ans selon "l'importance que le Droit attache au secret protégé" : V. L. 3 janv. 1979, art. 7.

Note 14 L. 11 juill. 1985, art. 8.

Note 15 Rapport fait par Ph. Marchand : Doc. AN 1985, n° 2717, p. 24.

Note 16 Pareillement, les normes du droit international s'opposent à ce que les auteurs de crimes contre l'Humanité bénéficient de certaines protections attachées à la qualification "politique" (statut de réfugié politique ; asile territorial).

Note 17 A. Frossard, Le crime contre l'Humanité, éd. Laffont, 1987, p. 40.

Note 18 F. Bédarida, La mémoire contre l'histoire : Esprit, juill. 1993, p. 7 et V. P. Nora, La loi de la mémoire : Le débat, n° 78, janv.-févr. 1994, p. 187 à 191.

Note 19 R. Errera, Le respect, catégorie juridique, in Le respect, Autrement, série Morales, n° 10, févr. 1993, p. 161.

Note 20 L. Joinet, L'amnistie, Communications, éd. Seuil, n° 49, 1989, p. 221.

Note 21 "C'est seulement parce qu'Achille se rendit aux funérailles d'Hector, parce que l'Église gardait ses hérétiques vivants dans la mémoire des hommes que tout ne fut pas perdu et ne put jamais l'être" ... Institution de l'amnésie : Le régime nazi tend à la création d'une société privée de la mémoire, H. Arendt, Le système totalitaire, trad. J.-L. Bourget et P. Lévy, Paris, Le Seuil, 1972, p. 195.

Note 22 J.-D. Bredin, Le droit, le juge et l'historien, Le Débat, n° 32, nov. 1984, p. 97.

Note 23 Mazeaud et Tunc, cités par J.-D. Bredin, ibid.

Note 24 Spéc. à travers la notion de souvenir de famille.

Note 25 F. Ringel et E. Putman, Après la mort... : D. 1991, chron. p. 242 et 243.

Note 26 G. Goubeaux, Traité de droit civil, Les personnes, LGDJ 1989, n° 58, p. 77.

Note 27 M.-Cl. Chalier, Mémoire des stèles attiques, Autrement, Le visage, séries Mutations, n° 148, 1994, p. 110 ; E. Levinas, Totalité et infini, Essai sur l'extériorité, 4e éd. Martinus Nijhoff, La Haye 1971.

Note 28 T. civ. Seine, 1re ch., 16 juin 1858, Félix c/ O'Connell : DP 1858, 3, p. 62. - TGI Paris, réf., 11 janv. 1977, M. Fournier, Épse J. Gabin c/ Sté Cogedi-Pressé : D. 1977, p. 83, note R. Lindon. - J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, coll. H. Solus et J. Ghestin, LGDJ, 1978, n° 179, 196 (et la note 136), 413 (note 51 in fine).

Note 29 Extrait de la plaidoirie de Me Jacobowicz, compte rendu de J.-M. Théolleyre, Les ultimes plaidoiries des parties civiles au procès de Klaus Barbie, Le Monde, 29 juin 1987, p. 8.

Note 30 R. Errera, préc., p. 160.

Note 31 H. Bergson, Matière et mémoire, Essai sur la relation du corps à l'esprit, 1896, p. 146 : "L'homme n'est esprit et pas seulement matière que par la mémoire, humain par la fidélité. Garde-toi homme d'oublier de te souvenir".

Note 32 La Commission européenne des droits de l'homme motive en ces termes l'interdiction faite à des révisionnistes de propager des publications qualifiant de mensonge le fait historique de l'assassinat de millions de juifs par le régime nazi : "c'est en vain que l'on objecterait que les atrocités d'Auschwitz appartiennent au seul domaine des sciences historiques : les familles des survivants continuent à avoir droit à une protection de la mémoire de leurs parents, 14 juill. 1983, aff. T. c/ Belgique, req. n° 9777/82 : DR 34, p. 158.

Note 33 L'effort de réminiscence est encore nécessaire pour éviter que l'Humanité ne soit écrasée par le poids de la question soulevée.

Note 34 P. Ricœur, Le pardon peut-il guérir ? : Esprit, avr. 1995, p. 80, poursuit : "c'est aux antipodes de cet oubli de fuite qu'il faudrait placer l'oubli actif, libérateur, qui serait comme la contrepartie et le complément du travail du souvenir : le pardon est le contraire de l'oubli de fuite ; on ne peut pardonner que ce qui n'a pas été oublié. Ce qui doit être brisé c'est la dette, non le souvenir" ; cf. Le Pardon, Autrement, série Morales n° 4, p. 141 : "Au-delà de l'apaisement ultime d'une société qui a besoin d'oubli, il est un domaine réservé à l'impardonnable où commencent à s'affirmer les droits et la mémoire de l'Humanité. Il est plus juste d'admettre que le pardon véritable implique la mémoire. Il faut se souvenir de la faute pour la pardonner et la transcender. Pardonner n'est pas oublier, c'est au contraire se souvenir du crime et de ceux qui sont morts de la mort inventée par l'homme". Sur l'oubli actif dans la vie privée, V. J. Ravanas, Droit à l'oubli et oubli du droit, note ss Cass. 1re civ., 20 nov. 1990 : JCP 1992, éd. G. II, 21908, La dialectique mémoire-oubli émerge sur la scène juridique au sein des conflits de droits.

Note 35 V. notamment T. Todorov, La mémoire et ses abus : Esprit, juill. 1993, p. 34 et s. ; A.-J. Mayer, Les pièges du souvenir : ibid., p. 45 et s.

Note 36 A. Grosser, Le crime et la mémoire, éd. Flammarion, 1987, page de garde.

Article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 : 10/10 à l'épreuve de constitutionnalité

Commentaire par Agathe LEPAGE

INTERDICTION DE PROCÉDER À LA CAPTATION OU À L'ENREGISTREMENT DES AUDIENCES DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES OU JUDICIAIRES

- L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 incrimine, d'une part, l'emploi, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, d'appareils d'enregistrement de la parole ou de l'image, d'autre part, la cession ou la publication, de tout document obtenu au moyen de l'enregistrement ainsi prohibé.
- Une QPC portant sur l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 avait été renvoyée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel. Ayant considéré que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui résulte de ces dispositions était nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de cet article conformes à la Constitution.

Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC

1. La question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée. Dès lors, le Conseil constitutionnel est saisi de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 mentionnée ci-dessus, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 19 septembre 2000 mentionnée ci-dessus.

2. L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, dans cette rédaction, prévoit : « Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit. Le président fait procéder à la saisie de tout appareil et du support de la parole ou de l'image utilisés en violation de cette interdiction.

« Toutefois, sur demande présentée avant l'audience, le président peut autoriser des prises de vues quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que les parties ou leurs représentants et le ministère public y consentent.

« Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie de 4 500 euros d'amende. Le tribunal pourra en outre prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction et du support de la parole ou de l'image utilisé.

« Est interdite, sous les mêmes peines, la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article ».

3. La requérante et l'association intervenante reprochent à ces dispositions d'interdire tant l'utilisation d'un appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel au cours des audiences des juridictions administratives ou judiciaires, que la cession ou la publication du document ou de l'enregistrement obtenu au moyen de cet appareil. Selon elles, l'évolution des techniques de captation et d'enregistrement ainsi que le pouvoir de police de l'audience du président de la juridiction suffiraient à assurer la sérénité des débats, la protection des droits des personnes et l'impartialité des magistrats. L'association intervenante dénonce également le fait que le législateur n'ait pas prévu d'exception à cette interdiction afin de tenir compte de la liberté d'expression des journalistes et du « droit du public de recevoir des informations d'intérêt général ». Il en résulterait une méconnaissance de la liberté d'expression et de communication. L'interdiction étant sanctionnée d'une peine d'amende, ces dispositions contreviendraient, pour les mêmes motifs, au principe de nécessité des délits et des peines.

4. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur la première phrase des premier et troisième alinéas de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, ainsi que sur son quatrième alinéa.

5. Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « 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 ». La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés.

Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

6. Les dispositions contestées interdisent, sous peine d'amende, à quiconque d'employer, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, tout appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel et de céder ou publier l'enregistrement ou le document obtenu en violation de cette interdiction.

7. En premier lieu, en instaurant cette interdiction, le législateur a, d'une part, entendu garantir la sérénité des débats vis-à-vis des risques de perturbations liés à l'utilisation de ces appareils. Ce faisant, il a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. D'autre part, il a également entendu prévenir les atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence de la personne poursuivie.

8. En deuxième lieu, d'une part, s'il est possible d'utiliser des dispositifs de captation et d'enregistrement qui ne perturbent pas en eux-mêmes le déroulement des débats, l'interdiction de les employer au cours des audiences permet de prévenir la diffusion des images ou des enregistrements, susceptible quant à elle de perturber ces débats. D'autre part, l'évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement important qui amplifie le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts précités.

9. En dernier lieu, l'interdiction résultant des dispositions contestées, à laquelle il a pu être fait exception, ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement.

10. Il résulte de ce qui précède que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis. Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 11 de la Déclaration de 1789 doit donc être écarté.

11. Les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le principe de nécessité des délits et des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Le conseil constitutionnel décide :

Article 1er. – La première phrase des premier et troisième alinéas de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, et le quatrième alinéa du même article, sont conformes à la Constitution.

Article 2. – Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Note :

Il y a quelques semaines de cela, la Cour de cassation renvoyait au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qui visait l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 (*Cass. crim., 1er oct. 2019, n° 19-81.769 : JurisData n° 2019-017117 ; Comm. com. électr. 2019, comm. 68 et les. obs.*). Cet article prohibe le fait, dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, d'employer tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image, sous peine d'une amende de 4 500 euros (*L. 29 juill. 1881, art. 38 ter, al. 1er et 3*). Le même article interdit en outre « la cession ou la publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit, de tout enregistrement ou document obtenu en violation des dispositions du présent article », sous peine également d'une amende de 4 500 euros. Après avoir énoncé que « la disposition critiquée prohibe de façon générale tout enregistrement, fixation ou transmission, de la parole ou de l'image après l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires, et leur cession ou leur publication », la Cour de cassation avait jugé utile « que le Conseil constitutionnel puisse dire si la disposition critiquée, initialement instituée en vue de préserver la sérénité des débats devant les juridictions, protéger les droits des parties au procès et garantir l'autorité et l'impartialité de la justice, n'est pas devenue, au regard de l'évolution des techniques de communication, susceptible de constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication ». Ainsi marquée du sceau de

« prohibition générale », qui n'est pas toujours de bon augure s'agissant de la conventionnalité ou de la constitutionnalité de limites apportées par le législateur à la liberté d'expression, cette disposition voyait son sort devenu bien incertain. La voici ayant finalement franchi haut la main le contrôle de constitutionnalité : la première phrase des premier et troisième alinéas de l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881, ainsi que le quatrième alinéa du même article, objet de la présente QPC, sont déclarés conformes à la Constitution.

Voici donc une disposition qui oppose à une société férue de médiatisation de la justice une ferme résistance. Tout ne peut donner lieu à des images diffusées sur les chaînes d'information ou sur Internet. Le Conseil constitutionnel a bien compris ce besoin qu'a le procès de solennité et de sérénité. Il est donc permis de se réjouir de cette décision. On remarquera d'ailleurs qu'elle n'est pas sans révéler une certaine habileté du Conseil constitutionnel, qui neutralise le grief de désuétude qui était souvent fait à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881. La Cour de cassation, dans son arrêt de renvoi, n'avait-elle pas suggéré que « l'évolution des techniques de communication » pouvait être de nature à ébranler l'article 38 ter dans sa constitutionnalité ? Pour montrer qu'il n'en est rien, le Conseil constitutionnel rappelle tout d'abord les raisons en considération desquelles le législateur a instauré ces interdictions. Il distingue alors assez nettement, au regard de leurs objectifs respectifs, les deux interdictions formulées à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881. Sans surprise, l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice est rappelé (§ 7). La justification de la prohibition de l'enregistrement des audiences est ainsi très classiquement rattachée aux risques de perturbation liés à l'utilisation des appareils photographiques ou des caméras pendant les audiences. De fait, c'est en réaction aux débordements médiatiques auxquels donnèrent lieu les procès Marie Besnard puis Dominici (notamment l'usage intempestif de flashes qui éblouissaient les magistrats) que la loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 introduisit dans la loi du 29 juillet 1881 l'interdiction de l'emploi de tout appareil d'enregistrement pendant les audiences. Il faudra attendre la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, qui a créé l'article 38 ter, pour que soit également incriminée la cession ou la publication du document obtenu au moyen de l'infraction d'origine. À cette dissociation chronologique des deux incriminations de l'article 38 ter fait écho, dans la décision du Conseil constitutionnel, une identification de finalités propres à la prohibition de la diffusion (clairement introduite par « D'autre part », § 7) – étant précisé qu'il sera question dans ce commentaire de diffusion pour désigner de façon générique l'incrimination de l'alinéa 4. La prohibition de la diffusion trouve un fondement, considère le Conseil, dans la prévention des « atteintes que la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence » (§ 7). Ainsi l'incrimination de diffusion n'est pas seulement perçue comme une infraction de conséquence par rapport à l'infraction d'origine que constitue l'acte d'enregistrement. En mettant l'accent sur la protection des parties et des personnes participant aux débats (droit au respect de la vie privée, présomption d'innocence, sécurité des acteurs judiciaires), le Conseil constitutionnel dote la prohibition de la diffusion d'un fondement qui lui est propre et qui échappe à tout grief de désuétude. L'articulation entre les deux incriminations se révèle ainsi tout à fait subtile. L'incrimination de la diffusion, infraction de conséquence, apparaissait traditionnellement comme inscrite dans le sillage de l'incrimination de l'enregistrement (V. de même *C. pén.*, art. 226-1 et 226-2). L'incrimination de la diffusion, plus récente historiquement que celle de l'enregistrement, en prohibant l'utilisation des documents provenant d'un enregistrement, est classiquement analysée comme privant de toute utilité à la commission de l'infraction d'origine (V. B. Beignier (*ss dir.*), B. de Lamy, E. Dreyer, *Traité de droit de la presse et des médias : Litec LexisNexis 2009*, n° 1431 : « La justification de ce délit particulier de recel réside dans son effet moteur : l'enregistrement a été réalisé en vue soit directement de la publication, soit, le cas échéant contre monnayage, de la cession avant publication (achat par un média) »). La présente décision du Conseil constitutionnel, en diversifiant les enjeux qui s'attachent à la prohibition de la diffusion, valorise cette incrimination – ce qui fait écho au fait que la QPC a été posée par la directrice de la publication d'un hebdomadaire, poursuivie pour avoir publié une photographie d'Abdelkader Merah prise à l'occasion de son procès d'assises. Elle n'est pas seulement une prohibition qui vient épauler celle, initiale, de l'enregistrement. La prohibition de l'enregistrement vient aussi conforter celle de la diffusion subséquente puisque, énonce le Conseil, l'interdiction d'enregistrement « permet de prévenir la diffusion des images ou des enregistrements ».

Cette analyse permet assez aisément au Conseil constitutionnel d'écarter l'argument tiré de l'évolution des modes de communication. Cet argument de l'évolution technologique apparaît, dans la présente décision, comme dépourvu de pertinence à un premier égard. Le Conseil constitutionnel reconnaît certes qu'« il est possible d'utiliser des dispositifs de captation et d'enregistrement qui ne perturbent pas en eux-mêmes le déroulement des débats » (§ 8). Cet argument de la miniaturisation ou de la discrétion qui peuvent caractériser des appareils d'enregistrement contemporains est souvent invoqué pour contester le bien-fondé de la prohibition de l'enregistrement. Il l'a d'ailleurs été par la requérante. Mais il n'a pas convaincu le Conseil constitutionnel. Une façon de relativiser l'argument aurait consisté à faire valoir que, même si les appareils sont d'un maniement discret, leur impact psychologique, du fait de leur seule présence, n'est pas à négliger et risque de modifier le comportement des personnes participant aux débats, tentées peut-être par une composition moins naturelle. Mais l'analyse eût été d'ordre purement factuel. Le Conseil constitutionnel, sans entrer dans cette considération psychologique, opte pour une analyse plus radicale, de nature juridique. L'interdiction d'employer des dispositifs de captation et d'enregistrement au cours des audiences permet, énonce le Conseil, « de prévenir la diffusion des images ou des enregistrements [...] » (§ 8). Or, compte tenu des enjeux précités qui s'attachent à la prohibition de la diffusion des images ou enregistrements, la diffusion est elle-même susceptible de « perturber ces débats » (§ 8). Il y a ici une circularité intéressante par les liens ainsi instaurés entre enregistrement et diffusion : à supposer que les débats ne soient pas perturbés par l'enregistrement, ils risquent de l'être par la diffusion. L'évolution des moyens de communication est donc un argument impuissant à remettre en cause la prohibition de l'enregistrement. Sur un second plan, celui de la prohibition de la diffusion, cet argument se retourne même en faveur de l'incrimination puisque, considère le Conseil, « l'évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement important qui amplifie le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts précités » (§ 8).

La requérante contestait également l'absence d'exception à cette interdiction afin de tenir compte de la liberté d'expression des journalistes et du droit du public de recevoir des informations d'intérêt général. Cette atteinte à la liberté d'expression est de portée limitée puisque, rappelle le Conseil, elle « ne prive pas le public qui assiste aux audiences, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte des débats par tout autre moyen, y compris pendant leur déroulement, sous réserve du pouvoir de police du président de la formation de jugement ». Les prohibitions formulées à l'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 ne doivent pas en effet être confondues avec les exceptions à la publicité des débats judiciaires (*V. Cass. crim.*, 20 févr. 2019, n° 18-82.915 : *JurisData* n° 2019-002408 ; *Comm. com. électr.* 2019, *comm.* 33 et les *obs.*, qui rappelle que « la publicité des débats judiciaires est une règle d'ordre public à laquelle il ne peut être dérogé que dans les cas limitativement déterminés par la loi »). Au passage, le Conseil constitutionnel rappelle la possibilité notamment pour les journalistes « de rendre compte des débats par tout moyen y compris pendant leur déroulement ». Ainsi donne-t-il sa caution à la pratique classique des croquis et dessins d'audience faits sur le vif, mais aussi à celle plus moderne des messages mis en ligne en direct, par exemple sur les réseaux sociaux. De fait, le public n'est pas privé d'informations, tant s'en faut. À cela s'ajoute, mentionne le Conseil constitutionnel peu disert sur ce point, qu'« il a pu être fait exception » à l'interdiction résultant de l'article 38 ter. Le Conseil ne précise pas la source de cette exception. Il pourrait s'agir d'une référence implicite aux articles L. 222-1 et suivants du Code du patrimoine qui permettent la constitution d'archives audiovisuelles de la justice. Mais ces dispositions sont tournées vers les historiens, non pas vers les journalistes (*V. Cass. crim.*, 1er oct. 2019, n° 19-81.769 : *préc.*, qui précise que « ces dérogations poursuivent des fins étrangères au droit à l'information du public »). En outre, le temps employé – le passé composé : « il a pu être fait exception » – paraît évoquer, plus que des dispositions législatives, des actes ponctuels. On peut ainsi y voir une allusion aux autorisations de tournage qui ont été données à des réalisateurs de documentaires par des magistrats (*V. A. Pascal, La justice pénale et les médias. Approches juridique et sociologique : th. Paris II, 2016, n° 157 et s.*).

Il résulte de l'ensemble de ces éléments, a considéré le Conseil constitutionnel, que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression que constitue l'article 38 ter est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis. Les dispositions de cet article ont donc été déclarées conformes à la Constitution. L'article 38 ter de la loi du 29 juillet 1881 est sauf. Au législateur de déterminer si les caméras doivent finir par entrer dans le prétoire.

