

SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT ET SECRET DE L'INSTRUCTION : LES LIAISONS DANGEREUSES

L'article **226-13** du Code pénal (« *Des atteintes à la **personnalité*** ») incrimine et punit « *d'un **a n** d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* » « *La révélation d'une **information à caractère secret** par une personne qui en est **dépositaire** soit par **état** ou par **profession**, soit en raison d'une **fonction** ou d'une **mission temporaire*** ». L'**obligation d'ordre public** qui fonde l'incrimination est **négative** : les personnes tributaires d'un **secret professionnel** sont tenues de ne pas le révéler, sauf les **exceptions légales** prévues à l'article **226-14** du même Code.

Quant à l'article **11, alinéa 2** du Code de procédure pénale (CPP), il **oblige** au **secret professionnel** « *Toute personne qui **concourt** à (la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction)* », ce, « *sans préjudice des droits de la défense* » (alinéa **1er**).

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par « *personne qui **concourt*** » à la procédure. La **loi** n'inclut pas expressément les **Avocats** dans cette catégorie. Seul l'article **5** du **décret** n°2005-790 du 12 Juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'Avocat s'y risque, quelque peu imprudemment :

« L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du code de procédure pénale. »

Tous les doutes sont, cependant, permis quant à la **légalité externe** de ce règlement, sous l'angle spécialement du moyen d'ordre public de l'**incompétence** du pouvoir réglementaire pour l'édicter, étant rappelé que « (...) lorsque la **définition** des **obligations** auxquelles est soumis l'**exercice d'une activité** relève du **législateur** en application de l'article 34 de la **Constitution**, il n'appartient qu'à la **loi** de fixer, le cas échéant, le **régime des sanctions administratives** dont la méconnaissance de ces **obligations** peut être assortie et, en particulier, de déterminer tant les **sanctions** encourues que les **éléments constitutifs des infractions** que ces sanctions ont pour objet de réprimer ; que la circonstance que la **loi** ait renvoyé au **décret** le soin de définir ses **modalités** ou ses **conditions d'application** n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments ;

(...) » (CE, Section, 18 Juillet 2008, Fédération de l'hospitalisation privée, n°300304).

Seul, en effet, le **législateur**, s'agissant de **procédure pénale**, pouvait, en vertu de l'article **34** de la **Constitution** du 04 Octobre 1958, dresser la **liste limitative** des personnes **concourant** à une enquête ou une instruction pénale, ce qu'il n'a pas fait.

On sait, dans cet ordre d'idées, selon l'article **111-5** du Code pénal, que « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité* lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. »

La défense de l'Avocat pris dans les rets d'une prévention du chef de **violation du secret professionnel**, artificiellement calqué sur des faits présumés de **violation prétendue du secret de l'enquête ou de l'instruction**, serait bien inspirée d'invoquer ce texte.

*

La loi (article **114, alinéa 6** CPP) **excepte** « *les copies des rapports d'expertise* » de la prohibition de communication aux **tiers**, « *pour les besoins de la défense*. ». La méconnaissance de cette **obligation d'abstention** par une **partie** « *à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise en application de cet article* » est punie par l'article **114-1** CPP de **10 000 € d'amende**, ce dont on déduit nécessairement que sa répression n'est susceptible de donner lieu ni à **garde à vue** (article **62-2** CPP *a contrario*) ni à **détention provisoire**, cette mesure de privation de liberté n'étant **légalement** possible, aux termes de l'article **143-1, alinéa 1er, 2°** CPP, que lorsque « *La personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement ;* ».

On peut, partant, être légitimement surpris d'une mesure de **détention provisoire** du seul chef de **violation du secret professionnel** dès lors que ce délit est puni au maximum d'un **an** d'emprisonnement.

*

Les affaires judiciaires évoquées par l'article présentement commenté sont révélatrices d'une **confusion** dans l'esprit de certains entre, d'une part, **secret professionnel** et, d'autre part, **secret de l'enquête ou de l'instruction**.

Le premier a une **finalité protectrice** des **droits** de la personne qui confie des **informations confidentielles** à un Avocat, **auxiliaire en justice à statut constitutionnel** – comme le **magistrat** - et non pas auxiliaire de justice. L'Avocat (*advocatus*), autorité de la **Société civile**, apporte son **concours** à la **personne** qui l'**appelle** pour être défendue devant une juridiction et non pas à l'institution de la justice. L'exercice **loyal** de son **mandat** de représentation et d'assistance en justice ne l'oblige pas à conserver secrètes des informations ou pièces qui ne lui ont pas été confiées sous le sceau du secret, mais qui lui ont été communiquées pour que soient respectés les **droits de la défense** et le **principe du contradictoire**. Les éléments versés au **dossier communicable** aux parties ne sont plus secrets, à la différence des **actes en cours d'exécution** (saisies, perquisitions...).

Le second tend à permettre la **bonne marche** d'une enquête ou d'une instruction pénale, à laquelle **l'Avocat ne concourt pas** (concourir s'entend, dans le langage courant, « *tendre à un **but commun**, contribuer avec d'autres à un **même résultat***. » - Dictionnaire Le Petit Robert 2014, v° CONCOURIR, page 499). Or, à l'évidence, l'Avocat de la défense ne s'assigne certainement pas le même but que le Procureur de la République ni que l'Avocat de la partie civile. Les intérêts qu'ils défendent respectivement sont **antagonistes**. Signe caractéristique, les **actes en cours** ne sont pas communiqués aux Avocats, alors que les officiers de police judiciaire chargés, en application de l'article **14, alinéa 2** CPP, d'exécuter « *les délégations des juridictions d'instruction* », en sont nécessairement informés.

*

.../...

La **loi** doit être lue et interprétée dans ses **termes propres** et non pas dans ceux de ses **règlements d'application** (CC, **décision n°2016-569 QPC du 23 Septembre 2016, Syndicat de la magistrature et autre, § 7** ; CE, **20 Novembre 2019, ASSOCIATION GRAND BARREAU DE FRANCE, n°420772, § 3**).

Rien, dès lors, ne justifie, ici, l'**emprunt d'incrimination** du **secret professionnel**, alors qu'en réalité ce qui pourra être reproché à l'**Avocat** d'une des parties n'est pas d'avoir trahi la **confiance** que son **client** avait placée en lui, mais le cas échéant, la transgression de la **prescription légale** contenue dans l'article **114-1 CPP** (ne pas communiquer aux tiers les reproductions du dossier d'instruction, sauf, « *pour les besoins de la défense* », « *les copies des rapports d'expertise* »), dont la formulation pourrait fort opportunément, pour une **plus grande sécurité juridique**, être explicitée par l'ajout des termes « **ou son avocat** », après les mots « **pour une partie** ».

Le **législateur**, à qui il appartient d'exercer pleinement la **compétence constitutionnelle** qu'il tient en particulier de l'article **34** de la **Constitution** du **04 Octobre 1958**, aux fins de fixer les **règles** concernant « *la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale (...)* » permettrait, de la sorte, de « (...) *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ;* »

(...) »

(CC, **Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005 -Loi relative à la création du registre international français, consid. 14**).

Devrait, il est vrai, être levé ce **paradoxe** entretenu par le **législateur** du **XXI^è siècle**, qui protège « *Le secret des sources des journalistes (...) dans l'exercice de leur mission d'information du public.* » (article **2, alinéa 1er** de la **loi du 29 Juillet 1881** sur la liberté de la presse ; article **437, alinéa 2 CPP** : « *Tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité est libre de ne pas en révéler l'origine.* »), mettant le journaliste à l'abri de poursuites pour **recel** de violation de l'enquête ou de l'instruction « *pour les nécessités de sa défense* », dans le cadre d'une action en diffamation : « *Le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires.* » - article **35, dernier alinéa** de la loi précitée), mais prétend, encore, interdire à l'**Avocat** d'utiliser la **voie médiatique** comme **vecteur complémentaire de la défense**.

Une nouvelle saisine de la **Cour européenne des droits de l'homme** sera-t-elle nécessaire, elle qui reconnaît aux **Avocats** un « **statut spécifique** » et « **une position centrale dans l'administration de la justice** », attendant d'eux qu'ils s'acquittent efficacement de leur « **devoir de défendre avec zèle les intérêts de (leurs) clients** » (**CEDH, Grande Chambre, 23 Avril 2015, Affaire MORICE c. FRANCE, n°29369/10, §132 et 137**), ou une lecture **plus attentive**, c'est dire **proactive** des textes en vigueur y suppléera-t-elle ?

Philippe KRIKORIAN,
Avocat à la Cour (Barreau de Marseille)
Président-Fondateur en exercice du GRAND
BARREAU DE FRANCE - GBF
Tél. (33) 04 91 55 67 77 -
Courriel Philippe.KRIKORIAN@wanadoo.fr
Site Internet www.philippekrikorian-avocat.fr
BP 70212
13178 MARSEILLE CEDEX 20 (FRANCE)