

CONCOURS ENM 2016

Droit Pénal

Dissertation

La preuve en matière pénale

De l'affaire Calas à l'affaire Dreyfus, notre histoire conserve la mémoire d'erreurs judiciaires qui l'ont à jamais marquée. Puisqu'il s'agit en droit pénal de se prononcer sur la culpabilité d'un accusé dont l'honneur et la liberté sont en cause, la preuve, plus qu'en toute autre matière, y revêt une importance considérable.

Définition des termes du sujet : on définit traditionnellement la preuve comme la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi. En matière pénale, incluant au sens européen du terme non seulement le droit pénal *stricto sensu* mais aussi les matières périphériques au droit pénal (sanctions administratives, fiscales, disciplinaires...), cette définition doit être complétée, puisque la preuve consiste à démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne, ainsi que l'intention que celle-ci avait de commettre un tel fait. Le procès pénal a pour point de départ un soupçon sur lequel se fonde l'accusation, et toute l'œuvre de la procédure tend à transformer ce soupçon en certitude. Pour parvenir à ce résultat, la législation criminelle a successivement oscillé entre le **système des preuves légales et le système de la preuve libre**. Le premier implique non seulement d'organiser légalement les moyens de rechercher et d'établir la culpabilité, mais aussi de la tenir légalement pour démontrée par la réunion de circonstances dont le concours entraîne forcément la conviction du juge, et en l'absence desquelles il doit se déclarer non convaincu. Le second consiste à prouver un fait par tous les moyens propres à en établir l'existence, et à laisser le juge entièrement libre de déclarer que sa conviction est faite ou qu'elle ne l'est pas. C'est à ce dernier système que notre droit a finalement donné la préférence. En effet, sauf en certains domaines où la loi organise un système de preuves légales (contraventions en matière de circulation routière, contributions indirectes où les procès-verbaux font foi), l'article 427 du Code de procédure pénale, de portée générale, dispose en effet que « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ».

1^{er} temps de la problématique : nécessaire protection de l'ordre public

L'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public impose au législateur de mettre à disposition des autorités policières judiciaires un dispositif probatoire efficace. En effet, le procès pénal est irrigué par le principe de la présomption d'innocence. Ce principe est avant tout une règle preuve, qui implique qu'il n'appartient pas à la personne poursuivie de rapporter la preuve de son innocence, mais à la partie poursuivante de démontrer la culpabilité. Or, pour asseoir une décision de condamnation, l'accusation doit remporter l'intime conviction du tribunal, c'est-à-dire qu'elle doit faire naître dans l'esprit du juge non pas la probabilité, mais la certitude de la culpabilité. L'efficacité de la preuve pénale apparaît dans cette perspective constituer la condition *sine qua non* de la préservation de l'ordre public. C'est pourquoi le législateur a institué un dispositif probatoire dense en matière pénale. La mise en place de mesure de gardes à vue de longue durée pour les infractions les plus graves (terrorisme, trafic de stupéfiants, criminalité organisée) a ainsi par exemple répondu à l'objectif de favoriser le recueil de l'aveu. C'est dans cette même perspective que, en matière de criminalité organisée, la **loi du 9 mars 2004** a rendu possible les sonorisations de lieux et fixations d'images de lieux publics ou privés, et la **loi Loppsi II du 14 mars 2011** la captation de contenu informatique. Plus récemment, la **loi du 6 décembre 2013** a étendu à la preuve des infractions relevant de la délinquance économique financière et fiscale les infiltrations policières ou encore les dispositions favorables aux repentis. Dans la même lignée, la **loi du 13 novembre 2014** a donné naissance à l'enquête sous pseudonyme (article 706-87-1 CPP), à laquelle les officiers de police judiciaire peuvent désormais avoir recours pour constater par voie électronique les infractions relevant de la délinquance et de la criminalité organisées.

2^{ème} temps de la problématique : sauvegarde des droits et libertés des personnes mises en cause

Toutefois, la promotion d'une preuve efficace du point de vue de la sauvegarde de l'ordre public se heurte à la nécessaire protection des droits et libertés des personnes mises en cause dans une procédure pénale. Législateur et juges veillent donc à ce que la recherche et l'administration de la preuve pénale ne leur portent aucune atteinte qui ne serait pas nécessaire ou qui s'avèrerait disproportionnée à l'objectif poursuivi. Ainsi, le principe de la liberté de la preuve, connaît une limite générale consistant dans le devoir imposé au juge et aux jurés de puiser leur conviction dans des sources légalement recherchées et examinées : les preuves utilisables se limitent à celles légalement admissibles. Plusieurs modes de preuve sont dans cette perspective depuis longtemps proscrits parce qu'ils sont attentatoires aux droits de la défense, au principe de loyauté de la preuve ou encore à la protection de la vie privée, tandis que la recherche et la discussion des preuves obéissent à des règles procédurales précises, dont les garanties doivent se combiner avec les exigences fondamentales de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, depuis quelques années, l'encadrement législatif et jurisprudentiel de la preuve pénale se fait de plus en plus rigoureux. En législation, c'est notamment ce dont témoigne **la loi du 14 avril 2011**, qui, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, est venue renforcer le rôle tenu par l'avocat en garde à vue, compromettant par là même le recueil de l'aveu. La **loi du 27 mai 2014** a procédé de la même manière s'agissant des auditions des personnes suspectes effectuées hors mesure de garde à vue. La jurisprudence s'inscrit également dans un mouvement consistant à encadrer toujours davantage la preuve pénale. Par exemple, dans **deux arrêts rendus le 22 octobre 2013**, la Cour de cassation a jugé, sur le fondement du droit de chacun au respect de sa vie privée tel que garanti par l'article 8 CESDH, que doivent être frappées de nullité les **opérations de géolocalisation** réalisées dans le cadre de l'enquête de police, sous le contrôle des magistrats du ministère public. Cette solution a invité le législateur à réglementer les opérations de géolocalisations (**loi du 28 mars 2014**). Plus récemment, par un **arrêt du 6 mars 2015, l'assemblée plénière de la Cour de cassation** a invalidé sur le fondement du principe de loyauté, la preuve recueillie grâce à la **sonorisation de cellules contigües de garde à vue**. Ainsi, l'encadrement du dispositif probatoire se fait de plus en plus strict.

3^{ème} temps de la problématique :

L'évolution est telle que la question se pose aujourd'hui de savoir si les nécessités probatoires, conditions d'une répression efficace, n'ont pas été excessivement écartées au profit de la protection des droits et libertés des personnes mises en cause. En d'autres termes, les évolutions les plus récentes ont-elles remis en cause l'équilibre général de la procédure pénale ?

I - La promotion de la preuve en matière pénale

Le législateur a procédé ces dernières années à de profondes réformes de notre système procédural de manière à lui garantir une plus grande efficacité. La jurisprudence a également évolué en ce sens. Deux mécanismes sont mis en œuvre pour faciliter l'action de la police et de la justice dans la manifestation de la vérité. Ils consistent dans la diversification des modes de preuve pour le premier (A), et dans l'assouplissement du régime de la preuve, pour le second (B).

A) Diversification des modes de la preuve

La manifestation de la vérité se trouve d'autant plus facilitée que les moyens de la preuve à disposition des enquêteurs et magistrats sont nombreux. Cela n'a pas échappé au législateur et à la jurisprudence, qui ont récemment diversifié les possibilités d'action des magistrats et policiers. Cette évolution a concerné aussi bien les infractions de droit commun (1), que celles relevant de procédures pénales dérogatoires (2).

1) Diversification des moyens de preuve des infractions de droit commun

Le recours à de nouveaux modes de preuve réputés plus efficaces a progressivement été admis par le législateur, mais aussi par la jurisprudence.

D'abord, le législateur a pris appui sur le développement des techniques scientifiques et technologiques pour renforcer le dispositif probatoire en matière pénale, et favoriser ainsi la manifestation de la vérité. C'est notamment ce qu'illustre la **loi du 9 mars 2004, qui règlemente la prise d'empreintes génétiques**. Le texte prévoit en effet que le prélèvement de l'empreinte génétique d'un suspect peut désormais être effectué nonobstant l'absence de consentement de ce dernier lorsque la personne a déjà fait l'objet d'une condamnation pour crime ou pour délit puni de dix ans d'emprisonnement. L'identification peut également être réalisée dans toutes les hypothèses à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé. Mais l'action législative visant à faciliter la preuve pénale a dépassé le cadre la seule preuve biologique, comme le démontre la **loi Loppsi 2 du 14 mars 2011**, qui, en étendant et favorisant la **mise en place de dispositifs de vidéo protection**, a facilité le recueil de la preuve par les enquêteurs. On peut également citer la possibilité mise en place par la loi du 9 mars 2004, pour les services de police et de gendarmerie de **rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements** ayant amené directement soit la découverte de n'importe quel crime ou de délit, soit l'identification de leurs auteurs.

La jurisprudence a elle aussi œuvré dans le sens d'une diversification des moyens de preuve. La chambre criminelle a ainsi depuis longtemps validé l'utilisation de **témoignages anonymes** pour asseoir une condamnation, à condition que de tels témoignages coexistent avec d'autres preuves (en ce sens, v. nota. Crim. 18 mai 2010). Cette position est conforme à la jurisprudence de la CEDH (CEDH 26 mars 1996 *Doorson c/ Pays-Bas*). S'agissant de la preuve que rapporteraient les parties privées dans le cadre du procès pénal, la Cour de cassation n'a par ailleurs pas hésité à ériger « **le testing** » en **mode de preuve licite**. En effet, dans un arrêt du 11 juin 2002, la Cour de cassation censure, au visa de l'art. 427 CPP, l'arrêt d'une Cour d'appel qui, dans des poursuites engagées du chef de discrimination raciale, avait écarté comme illicite la preuve résultant d'une opération dite de "*testing*" organisée par l'association SOS racisme. Enfin, toujours dans le sens d'une diversification des moyens de la preuve, la Cour de cassation décide de manière constante que la prévision législative d'un mode de preuve n'interdit pas le recours à tout autre mode de preuve du droit commun. Ainsi, bien que le code de la route prescrive un dépistage de l'alcoolémie d'un conducteur, il n'interdit pas au juge de recourir à tout autre moyen de preuve pour déterminer si le prévenu s'est rendu coupable de l'infraction de conduite en état d'ivresse.

Mais c'est surtout en matière dérogatoire que l'on a récemment assisté à la plus importante diversification des moyens de la preuve.

2) Diversification des moyens de la preuve des infractions relevant de procédures dérogatoires

Les infractions pour la poursuite et le jugement desquelles le législateur met en place des procédures pénales dérogatoires sont de plus en plus nombreuses. A celles de trafic de stupéfiants, de terrorisme ou encore de proxénétisme, la **loi du 9 mars 2004** est venue ajouter les infractions relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée, et la **loi du 6 décembre 2013** les infractions relevant de la délinquance économique, financière et fiscale. Le législateur a en effet estimé que la gravité et la complexité de telles infractions justifient l'institution de nouveaux moyens de preuve dérogatoires au droit commun propres à mettre à jour les réseaux criminels. Il a ainsi conféré aux enquêteurs la possibilité de procéder à des « **infiltrations** ». Ces opérations

consistent, pour un officier ou un agent de police judiciaire à surveiller des personnes suspectées en se faisant passer pour l'un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt ainsi qu'à commettre des infractions pénales qui ne consistent pas en des atteintes aux personnes. Ces infiltrations ont pour but de provoquer la preuve des infractions relevant de la criminalité organisée. La preuve ainsi obtenue suffira à asseoir une condamnation à la condition que les policiers ayant procédé à l'infiltration déposent sous leur véritable identité. Il faudra sinon qu'elle soit corroborée par d'autres moyens de preuve. Poursuivant dans cette perspective, **les lois du 5 mars 2007 et du 14 mars 2011 ont rendues possibles ces mêmes infiltrations par la voie du réseau internet**, en matière d'infractions sexuelles commises contre les mineurs (loi du 5 mars 2007) et d'infractions d'apologie du terrorisme et de provocation au terrorisme (loi du 14 mars 2011). La **loi du 13 novembre 2014** a étendu cette possibilité aux infractions relevant de la procédure applicable à la délinquance et à la criminalité organisée. Ainsi, dans le but de constater ces infractions concernées, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, les officiers ou agents de police judiciaire peuvent, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables : participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques ; être en contact avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; extraire, acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites. Dans le même ordre d'idées, la loi du 9 mars 2004 a consacré la possibilité d'avoir recours, dans le cadre d'une instruction préparatoire, à des **sonorisations de lieux et fixations d'images** de personne se trouvant dans des lieux publics ou privés, tandis que la loi du 14 mars 2011 a rendu possible la mise en place, sous l'autorité du juge d'instruction, de dispositifs **de captation des données informatiques**.

Mais le législateur ne s'est pas contenté d'agir sur la procédure pénale pour faciliter la preuve des infractions relevant de la criminalité organisée, il a aussi aménagé le droit pénal général. En effet, la loi du 9 mars 2004 étend largement le champ d'application des **dispositions relatives aux repentis** auparavant limitées par l'article 222-43 CP aux infractions relatives au trafic de stupéfiants. La loi du 6 décembre 2013 a poursuivi ce mouvement en rendant ces dispositions applicables à la délinquance économique financière et fiscale. Le témoignage de celui qui a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit par lequel il dénonce ses coauteurs ou complices se voit ainsi récompensé par une exemption ou une réduction de peine. Bien que l'article 132-78 CP prévoit qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions de cet article, il demeure que la preuve des infractions relevant de la criminalité organisée s'en trouve largement facilitée.

Ces nouveaux moyens de preuves ont vocation à s'appliquer à un très grand nombre d'infractions formant un ensemble hétéroclite. L'absence de réel trait commun à ces différentes infractions semble révéler la volonté du législateur de faire, à moyen terme, de cette procédure, une procédure concurrente de la procédure de droit commun, voire une procédure substitutive à celle-ci. On peut donc raisonnablement penser, qu'à l'avenir, la tendance législative à la diversification des modes de preuves s'amplifiera encore. La manifestation de la vérité semble ainsi devenir la priorité de notre système procédural. C'est également cette tendance que révèle l'affaiblissement des obstacles à la preuve pénale, et donc de la garantie des droits et libertés des justiciables.

B) Assouplissement du régime de la preuve

De manière à faciliter la preuve pénale, le législateur et la jurisprudence ont tour à tour limité la portée des obstacles à la preuve, affaiblissant par là même les droits et libertés des justiciables. On assiste ainsi à un net recul des droits et libertés tant dans la recherche de la preuve (1) que dans sa production (2).

1) Affaiblissement des obstacles à la recherche de la preuve

L'affaiblissement contemporain des obstacles à la recherche de la preuve est l'œuvre du législateur, mais aussi de la jurisprudence.

Le législateur a tout d'abord choisi avec la loi du 9 mars 2004 de **faire prévaloir la manifestation de la vérité sur le droit au respect de la vie privée**. En effet, les mesures nouvelles offrant de plus importantes possibilités d'action aux enquêteurs sont nombreuses. Par exemple, les policiers retrouvent la possibilité de procéder, sous certaines conditions, à des **écoutes téléphoniques dans le cadre d'enquêtes**, dès lors qu'il est question de criminalité organisée ou, depuis la loi du 6 décembre 2013, de délinquance économique financière ou fiscale. Dans le même ordre d'idées, des **perquisitions** peuvent désormais être effectuées sans l'assentiment de l'intéressé lors de simples enquêtes préliminaires, si l'enquête est relative à un délit puni d'une peine d'au moins 5 ans d'emprisonnement et sur autorisation du JLD. **Le droit à la sûreté** a également pâti des réformes législatives les plus récentes. Notamment, entendant favoriser l'aveu, **la loi du 23 janvier 2006** a permis aux officiers de police judiciaire de recourir à des mesures de garde à vue d'une durée de 144 heures dans l'hypothèse où une action terroriste apparaîtrait imminente.

Mais surtout, la **loi du 9 mars 2004**, pour promouvoir l'**aveu négocié**, a institué une nouvelle **procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**. La réussite de cette procédure est subordonnée à la reconnaissance de sa culpabilité par l'intéressé. C'est ensuite au Procureur de la République qu'il revient de fixer de la peine, un juge du siège n'intervenant que pour l'homologuer. La garantie judiciaire s'en trouve ainsi affaiblie. Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel relative à la loi du 9 mars 2004 soutenaient que la nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité « *instaure une présomption de culpabilité et renverse ainsi la charge de la preuve en plaçant la personne poursuivie en situation de s'accuser elle-même* ». Le Conseil constitutionnel a rejeté cet argument au motif que l'art.9 DDHC 1789 n'interdit pas à une personne de reconnaître librement sa culpabilité. Par ailleurs, le conseil souligne que le juge du siège n'est lié ni par la proposition du Procureur, ni par l'acceptation de la personne concernée, et en déduit que la nouvelle procédure ne porte pas atteinte au **principe de la présomption d'innocence**. On peut néanmoins penser que cette nouveauté risque dans certains cas de mettre la personne concernée en situation de subir une pression réelle sous la menace d'une aggravation de la sanction encourue en cas de refus de la proposition du Procureur. Ce risque est d'autant plus important depuis que la **loi du 13 décembre 2011** a étendu l'applicabilité de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à l'ensemble des délits, quelle que soit la peine encourue.

2) Affaiblissement des obstacles à la production de la preuve

L'affaiblissement des obstacles à la production de la preuve résulte principalement de l'existence de présomptions de culpabilité et de l'apparition d'entorses de plus en plus importantes au principe de loyauté de la preuve.

Les difficultés de la charge de la preuve liées au principe de **la présomption d'innocence** ont amené le législateur et la jurisprudence à créer, pour défendre les intérêts supérieurs de la société, de véritables **présomptions de culpabilité**. Ces présomptions ont pour effet de mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence. Il peut s'agir de présumer l'existence d'un des éléments constitutifs de l'infraction (présomption de recel de l'art. 321-6 C. pén.), ou encore l'imputation de la responsabilité, pré-attribuée à tel ou tel (hypothèses de la responsabilité pénale du chef d'entreprise ou encore du titulaire de la carte grise). Dans

une décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a validé l'existence de telles présomptions, à condition qu'elles soient réfragables, que le respect des droits de la défense soit assuré, et qu'elles reposent sur une vraisemblance raisonnable induite des faits. La Cour de cassation et la Cour européenne des droits ont adopté une position identique. Ainsi, par exemple, dans une décision du 30 mars 2004 *Radio France c/ France*, la CEDH conclut à la conformité de la présomption de culpabilité qui pèse sur le directeur de publication à l'art. 6§2 de la Convention.

Le principe de loyauté de la preuve a également vu sa portée limitée du fait de la jurisprudence. En effet, si la chambre criminelle de la Cour de cassation soumet au respect du principe de loyauté, la preuve recueillie par les autorités policières et judiciaires, il en va différemment quant à la preuve recueillie par des particuliers, notamment parties civiles. Elle a ainsi admis qu'une partie civile communique au juge d'instruction des enregistrements obtenus au prix d'une infraction pénale (Crim. 6 avril 1993), et même que les juges de jugement se fondent sur des enregistrements par caméra effectués à l'insu des personnes, énonçant que le principe de la liberté de la preuve interdit aux juges répressifs d'écarter un moyen de preuve au seul motif qu'il aurait été obtenu de façon illicite ou déloyale (en ce sens, v. Crim. 23 juillet 1992). De même, la Haute Cour admet plus largement les provocations à la preuve émanant des particuliers, que ces mêmes provocations mises en place par les autorités policières et judiciaires. Il n'est donc guère surprenant que la chambre criminelle ait énoncé dans **un arrêt du 27 janvier 2010** la règle selon laquelle « *Aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire des parties* ». Mais la jurisprudence va même encore plus loin puisque qu'elle permet désormais à des particuliers d'échapper à toute mise en œuvre de leur responsabilité pénale dans les cas où ils auraient recueilli une preuve grâce à la commission d'une infraction. Jusqu'alors, la Haute Cour n'hésitait pas à déclarer conformes au droit les condamnations pour vol de salariés qui s'étaient emparé de documents dans le but de les produire dans l'instance prud'homale les opposant à leur employeur. **Par deux arrêts du 11 mai 2004**, la chambre criminelle revient sur cette jurisprudence pourtant bien établie en admettant que l'exercice des droits de la défense par un particulier constitue un fait justificatif des infractions qu'il aurait commises pour se procurer ou pour produire la preuve de ses allégations. La jurisprudence admet ainsi que les particuliers contreviennent au principe de la loyauté de la preuve. Il ne faut pas négliger le fait, que la preuve du Ministère public pourra ainsi se trouver facilitée par l'action déloyale de la partie civile. C'est là une nouvelle manifestation, d'origine jurisprudentielle cette fois, d'un recul des obstacles à la preuve.

L'affaiblissement des obstacles à la preuve, et donc des droits et libertés de la personne mise en cause, connaît diverses manifestations, qui irriguent les phases d'enquête, d'instruction et de jugement. C'est certainement la raison pour laquelle les juridictions protectrices des droits et libertés du justiciable, ont récemment œuvré à mieux encadrer le dispositif probatoire en matière répressive.

II – L'encadrement de la preuve pénale

Le principe de la liberté de la preuve doit nécessairement se concilier avec d'autres principes garantissant les droits et libertés individuelles. Il n'est en effet pas admissible dans un Etat de droit, que la fin justifie les moyens. Notre système procédural soumet par conséquent la preuve pénale à d'importantes restrictions : les causes d'illicéité de la preuve sont diverses (A), et leur effectivité est assurée par des sanctions dissuasives (B).

A) Diversification des causes d'illicéité de la preuve

Les causes d'illicéité de la preuve pénale sont aussi nombreuses qu'il y a de droits et libertés à garantir pour le justiciable. Certains de ces droits et libertés ne peuvent souffrir de dérogations. La recherche et l'administration de la preuve s'avèrent ici impossibles (1). Dans d'autres hypothèses, les droits et libertés sont susceptibles d'être mis à mal par le dispositif probatoire si certaines conditions sont remplies. La preuve est alors réglementée (2).

1) La preuve empêchée

On compte de nombreuses hypothèses dans lesquelles la preuve est purement et simplement impossible, cette impossibilité n'étant susceptible d'aucun aménagement ni d'aucune dérogation. Dans ces hypothèses, la recherche de la vérité cède devant des principes jugés plus importants, consacrés par la CESDH ou par la jurisprudence de la Cour de cassation.

D'abord, la CESDH fait obstacle à ce que soient utilisés des **procédés de preuve contraires à la dignité de la justice ou de l'homme**. On ne peut par conséquent fonder une décision sur des aveux qui auraient été obtenus par la violence, par la torture ou par des traitements inhumains et dégradants. Garanti par l'art. 3 CESDH, ce principe a été mis en œuvre à plusieurs reprises par la CEDH (nota. CEDH 27 nov. 1992 Tomasi contre France ; CEDH 28 juillet 1999 Selmouni contre France). Le policier comme le gendarme n'ont donc pas le pouvoir d'user, dans le recueil de la preuve de violences physiques ou morales, comme la prolongation anormale des interrogatoires sans repos ou encore les procédés scientifiques destinés à obtenir un aveu (narco-analyse ou tout autre moyen destiné à forcer la volonté d'une personne). Récemment, la CEDH est allée encore plus loin. En effet, dans une décision **Gäfgen contre Allemagne** en date du 1^{er} juin 2010, la grande chambre de la CEDH condamne sur le fondement de l'art. 3 CESDH le recours, par des policiers, à la violence morale à l'occasion de l'interrogatoire d'un suspect. L'administration de preuves incompatibles avec le **respect des droits de la défense** est également prohibée. Sous l'impulsion de la CEDH interprétant l'art 6§3 CESDH, cette règle s'applique non seulement à la phase de jugement, mais aussi à la phase préparatoire au procès pénal (instruction et investigations de police judiciaire). Ainsi, des aveux recueillis lors d'une mesure de garde à vue où l'avocat n'est pas intervenu conformément aux exigences légales doivent être frappés de nullité. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a considérablement compliqué le recueil de l'aveu en garde à vue en imposant une intervention immédiate de l'avocat, y compris en matière dérogatoire, et la présence de celui-ci à chacune des auditions des la personne gardée à vue (v. nota. en ce sens **CEDH 14 oct. 2010 Brusco c/ France**). La Cour de cassation s'est immédiatement conformée à cette position, en se fondant sur l'art. 6 §3 CESDH, et en décidant que cette solution nouvelle s'appliquait immédiatement aux procédures en cours dans 4 arrêts **d'assemblée plénière du 15 avril 2011**. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision rendue sur **question prioritaire de constitutionnalité le 30 juillet 2010**, a quant à lui imposé au législateur de garantir la présence de l'avocat lors de chacune des auditions de la personne gardée à vue. Ces évolutions favorables au principe du respect des droits de la défense ont ensuite été consacrées par la **loi réformant le régime de la mesure de garde à vue du 14 avril 2011**. La **loi du 27 mai 2014** est quant à elle venue imposer aux enquêteurs de permettre à la personne suspecte, auditionnée hors mesure de garde à vue d'être assistée d'un avocat. La nécessaire protection des droits de la défense se retrouve au stade du jugement, puisque l'art. 427 al.2 CPP impose au juge répressif de ne fonder sa décision que sur des preuves produites au cours des débats et, conformément au principe du contradictoire, soumises à la libre discussion des parties.

De son côté, la jurisprudence a posé un **principe général de loyauté**, ayant pour objet d'interdire à celui qui administre la preuve l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes. La Cour de cassation a ainsi pu condamner l'enregistrement clandestin de propos tenus à un policier par un suspect (Crim. 16 déc. 1997), l'imitation de la voix d'un inculpé par un juge (Cass. 31 janvier 1988), ou encore la sonorisation d'un local privé

à l'occasion d'une perquisition (Crim. 15 février 2000). C'est notamment au regard des provocations policières que l'application de ce principe a posé problème. La jurisprudence a longtemps distingué entre la provocation à la preuve, licite, et la provocation à l'infraction, irrégulière car constituant une atteinte au principe de la loyauté de la preuve. Plus récemment, le principe de loyauté de la preuve a permis à la Cour de cassation d'invalider la preuve obtenue grâce à la sonorisation, pourtant réalisée conformément aux prévisions légales, de locaux de garde à vue. En effet dans un **arrêt rendu le 6 mars 2015**, l'assemblée plénière énonce dans un attendu de principe, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article préliminaire du code de procédure pénale garantissant la loyauté des preuves, que « *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* ». La Cour de cassation estime que la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement des suspects dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené le suspect à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue. Il importe de relever que dans l'affaire concernée, ni la régularité du dispositif de sonorisation, ni celle de la garde à vue n'étaient contestées, ces deux mesures ayant été rigoureusement conduites suivant les prescriptions du Code de procédure pénale. Ainsi, l'application des règles procédurales dictées par la loi ne garantit pas la viabilité de la procédure. Dans un **arrêt rendu le 17 mars 2015**, la chambre criminelle juge en revanche que la sonorisation de la cellule qu'occupe en maison d'arrêt un mis en examen détenu provisoirement n'est pas constitutif d'un stratagème dans la recherche des preuves par un agent de l'autorité publique. Deux arrêts rendus le 14 avril 2015 énoncent quant à eux, dans des affaires mettant en cause la loyauté d'écoutes téléphoniques, que le principe de loyauté de la preuve est respecté dès lors que le recueil des preuves a été obtenu « **sans actes positifs de l'autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal** ».

Ainsi, lorsque la recherche de la vérité doit de se faire au prix d'entorses aux principes supérieurs que sont la dignité humaine, les droits de la défense et la loyauté de la preuve, il convient de faire pleinement prévaloir ces derniers en interdisant purement et simplement la preuve litigieuse. Dans d'autres cas, la solution est moins radicale, puisque, sans interdire la preuve, on l'aménage de manière à ce qu'elle ne contrevienne pas de manière disproportionnée aux droits et libertés des justiciables.

2) La preuve réglementée

Le plus souvent, quand la recherche et l'administration de la preuve sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés, le législateur ne paralyse pas, mais réglemente le dispositif probatoire. De tels aménagements se retrouvent tant en ce qui concerne la charge de la preuve que ses moyens.

En premier lieu, le **droit au respect de la présomption d'innocence**, proclamé par de nombreux textes nationaux et internationaux (art. 9 DDHC, art. 14§2 PIDCP, art. 6§2 CESDH, art. préliminaire CPP), met la preuve à la charge de l'accusateur : il n'appartient pas à la personne mise en cause de prouver son innocence, mais il revient au ministère public de démontrer la culpabilité. La présomption entraîne donc une dispense de preuve pour celui au profit duquel elle existe. C'est notamment en cas de doute que la présomption d'innocence révèle toute son importance. En effet, en application de l'adage *in dubio pro reo*, lorsque le ministère public n'a su faire naître dans l'esprit du juge que la probabilité de la culpabilité, le prévenu ou l'accusé doit être relaxé ou acquitté. Ce n'est par conséquent que lorsque le ministère public aura emporté la conviction intime du tribunal, c'est-à-dire faire aura fait naître sa certitude, que l'affaire pourra aboutir à une condamnation.

Les dispositions relatives aux moyens de preuve restent néanmoins celles qui illustrent au mieux la manière dont le législateur aménage le dispositif probatoire afin de concilier celui-ci avec les droits et libertés des justiciables. Dès l'instant qu'un procédé de recherche porte atteinte à la liberté individuelle par l'utilisation de la contrainte, il n'est licite que si un texte de loi l'autorise. Il appartient en effet au législateur de fixer les limites de l'exercice par les agents publics du principe de la liberté de la preuve au regard des exigences inhérentes à la préservation des

droits et libertés des justiciables. Ainsi, par exemple, plusieurs dispositions du Code de procédure pénale, tâchent de concilier la recherche de la preuve avec le **droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale**. Le droit au respect de la vie privée est garanti par l'art. 8 CEDSH, mais l'art. 8 §2 du même texte admet que certaines restrictions y soient apportées : un Etat membre a la faculté d'aménager une ingérence de l'autorité dans l'exercice de ce droit à la vie privée, à condition que cette ingérence soit prévue par la loi, nécessaire et proportionnée. C'est notamment en considération de ces exigences que le droit français régit tant au stade de l'enquête qu'à celui de l'instruction les actes de recherche de la preuve. D'abord, s'agissant de l'enquête, les pouvoirs que peuvent mettre en œuvre les officiers et agents de police judiciaire ne sont pas les mêmes selon qu'ils agissent en enquête préliminaire ou en enquête de flagrance. Par exemple, ce n'est en principe que lorsqu'une situation de flagrance aura pu être caractérisée, que les policiers pourront se dispenser du consentement de l'intéressé pour procéder à des fouilles perquisitions et saisies. Il convient à cet égard de souligner que la loi (art. 53 CPP énumérant de manière limitative les cas de flagrance) et la jurisprudence (exigence de critères temporel et visuel par exemple) limitent largement le domaine de l'enquête de flagrance au profit de celui de l'enquête préliminaire. Plus récemment, **deux arrêts de principe rendus par la Cour de cassation le 22 octobre 2013** ont rendu à la fois indispensable et urgente une intervention législative destinée à régir les opérations de géolocalisation. Le Cour de cassation y a en effet invalidé les opérations de géolocalisation effectuées dans le cadre de l'enquête de police, sur le fondement du droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'art. 8 CEDSH, jugeant que « *la technique dite de « géolocalisation » constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* ». Or, les magistrats du ministère public, sous le contrôle desquels est placée l'enquête de police, ne présentent pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises pour être considérés comme des membres de l'autorité judiciaire. Dépassant les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH 2 septembre 2010 *Uzun c. Allemagne*), la chambre criminelle en a déduit la nullité des opérations de géolocalisation effectuées sous le seul contrôle du parquet. Pour assurer sans tarder la sécurité juridique des procédures pénales, une **loi du 28 mars 2014** la limiter à une durée de 15 jours les opérations de géolocalisations effectuées dans le cadre de l'enquête de police sous le contrôle du ministère public.

Ainsi, la préservation des droits et libertés aura pour effet tantôt d'empêcher purement et simplement la preuve, tantôt, de la soumettre aux conditions de nécessité et de proportionnalité au but légitime poursuivi. Mais pour que le dispositif probatoire assure effectivement des droits et libertés de chacun, encore faut-il que soit sanctionnée la preuve dont la recherche ou l'administration n'aurait pas respecté ces règles.

B) Renforcement des sanctions de l'illicéité de la preuve

La question est ici celle de savoir ce qu'il advient de la preuve qui aurait été obtenue ou administrée en violation des prévisions législatives, conventionnelles ou jurisprudentielles. Il s'agit en d'autres termes de s'interroger sur l'effectivité des obstacles à la preuve pénale. Notre droit attache deux formes de sanctions à la preuve illicite : d'une part il à prive d'effets la preuve obtenue illégalement (1), et, d'autre part, il sanctionne celui qui aura recherché ou administré la preuve illicite (2).

1) La preuve illicite privée d'effets

On ne peut admettre que le juge puisse former sa conviction à partir d'une preuve obtenue ou administrée de façon irrégulière. C'est la raison pour laquelle, selon l'art. 170 CPP tel qu'interprété par la chambre criminelle, les différents actes de police judiciaire ou d'instruction qui ont pour objet la recherche et l'administration de la preuve et dont l'exécution est relatée dans un procès-verbal ainsi que les documents produits par les parties sont susceptibles d'annulation. Certains de ces actes ou pièces font l'objet de nullité d'ordre public dispensant la partie lésée de rapporter la preuve d'un grief (ex : preuve obtenue grâce à une garde à vue irrégulière ou à un

enregistrement déloyal par un policier). D'autres constituent en revanche des causes de nullité d'intérêt privé subordonnées à la preuve d'un grief (ex : présence de l'intéressé ou de son représentant pendant une perquisition). Dans les deux cas, selon que l'affaire aura ou non donné lieu à une instruction préparatoire, les nullités pourront être soulevées par les parties ou d'office soit devant la chambre de l'instruction, soit devant la juridiction de jugement appelée à statuer sur l'affaire. Il appartient donc au juge de sanctionner la preuve illicite. Une fois la nullité admise, la preuve illicite doit être retirée du dossier ou annulée en cas de nullité partielle (art.174 CPP). Il est interdit d'y puiser aucun renseignement contre les parties, à peine de forfaiture pour les magistrats, et de poursuites disciplinaires pour les avocats. La nullité de la preuve illicite s'étendra en outre aux actes subséquents. Concrètement, il faudra rechercher de quels autres actes la preuve illicite annulée constitue le support nécessaire, pour les annuler à leur tour.

Par ailleurs, il se peut que, bien que recueillie conformément aux prévisions légales, la preuve ne soit pas recevable. En effet, depuis la loi du 14 avril 2011, l'article préliminaire du code de procédure pénale prévoit que l'aveu recueilli hors la, présence de l'avocat ne peut à lui seul fonder une décision de condamnation.

En privant de tout effet la preuve illicite, notre système procédural garantit leur effectivité aux droits et libertés avec lesquels la manifestation de la vérité sera entrée en confrontation. Dans les cas les plus graves, viendra s'ajouter à la nullité de la preuve illicite la sanction de celui qui l'aura recherchée ou administrée.

2) La sanction de « l'auteur » de la preuve illicite

Le fait pour un agent public ou pour un particulier de recueillir une preuve illicite peut justifier le prononcé d'une sanction. Selon les cas, cette sanction pourra être de nature civile, pénale ou disciplinaire.

Ainsi, par exemple, l'agent public ou le particulier qui auraient obtenu des aveux en exerçant des violences pourront être pénalement poursuivis du chef de violences volontaires. S'agissant plus particulièrement des agents publics, les différents actes de recherche et de recueil de la preuve auxquels ils se livrent (garde à vue, perquisitions...) échappent ordinairement aux poursuites pénales dans la mesure où ils sont ordonnés ou permis par la loi (cause objective d'irresponsabilité pénale de l'art. 122-4 CP). Mais le fait justificatif disparaît dès lors que ces actes ne sont plus accomplis dans les conditions posées par le Code de procédure pénale. Dès lors, une perquisition effectuée en dehors des heures légales est susceptible de constituer une violation de domicile, une garde à vue excédant la durée imposée par la loi une séquestration, chacun de ces agissements pouvant engager la responsabilité pénale de leurs auteurs. La question des provocations policières en matière de trafic de stupéfiants est à cet égard intéressante. En effet, l'art. 706-32 CPP subordonne de telles opérations à l'autorisation du Procureur de la République, et la jurisprudence décide que cette autorisation vaut fait justificatif. Ainsi, un policier qui procéderait à des livraisons contrôlées ou surveillées nonobstant l'absence d'autorisation du procureur verrait sa responsabilité pénale engagée du chef des infractions relatives au trafic de stupéfiants. La preuve illicite peut donc être source de responsabilité pénale.

La responsabilité disciplinaire de l'agent ou officier de police judiciaire qui aura recueilli la preuve illicite pourra également être mise en œuvre. D'abord, le Procureur général, qui a en charge la surveillance de la police judiciaire peut procéder à une suspension ou à un retrait d'habilitation. Par ailleurs, la chambre de l'instruction, chargée du contrôle stricto sensu de la police judiciaire peut prononcer à l'encontre d'un OPJ une interdiction temporaire ou définitive d'exercer ses fonctions. Les magistrats encourent quant à eux la sanction du conseil supérieur de la magistrature. Enfin, si la preuve illicite a généré un préjudice, elle pourra donner lieu à indemnisation de la victime, soit devant un tribunal civil, soit devant un tribunal administratif.