

UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE

THESE

pour obtenir le grade de DOCTEUR en droit

Présentée et soutenue publiquement par

M. Théo NZASHI LUHUSU

Le 29 novembre 2013

L'OBTENTION DE LA PREUVE PAR LA POLICE JUDICIAIRE

Membres du jury :

- **M. Pascal BEAUVAIS**, Professeur à l'Université de Paris Ouest
- **Mme Elisabeth FORTIS**, Professeure à l'Université de Paris Ouest, Directrice de la recherche
- **M. François FOURMENT**, Professeur à l'Université de Lorraine, rapporteur
- **Mme Haritini MATSOPOULOU**, Professeure à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud 11, rapporteur
- **M. Frédéric PIWOWARCZYK**, capitaine de police, office central de lutte contre le trafic des biens culturels

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur Pascal BEAUVAIS, Monsieur François FOURMENT, Madame Haritini MATSOPOULOU et Monsieur Frédéric PIWOWARCZYK d'avoir accepté d'être membres du jury.

Je tiens tout particulièrement à remercier les personnes qui, par leur soutien, leur aide et leur gentillesse, m'ont permis de rédiger cette thèse. Je souhaite tout d'abord remercier Madame Elisabeth FORTIS qui a accepté de diriger cette thèse et a apporté un éclairage essentiel à mes recherches.

Je tiens également à remercier Mesdames Pierrette PONCELA et Sara LIWERANT d'avoir appuyé mes démarches et pour leur soutien. Je remercie Hamid FARRAJ qui m'a beaucoup aidé et les collègues du centre de droit pénal et de criminologie.

Je souhaite enfin exprimer ma gratitude envers mon entourage qui, durant ces années, m'a encouragé et soutenu. Je remercie les familles NZASHI, VALLEJO ainsi que tous mes amis.

Une pensée pour mon grand père.

A Laura et Timéo

*L'université Paris Ouest Nanterre La Défense
n'entend donner aucune approbation, ni improbation
aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres
à leur auteur.*

Sommaire

PREMIERE PARTIE LA RELATIVITE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE PAR LA POLICE JUDICIAIRE

TITRE I LE DOUBLE IMPERATIF DE LA NECESSITE PROBATOIRE ET DU RESPECT DES DROITS DE LA PERSONNE

Chapitre I : La relativité des garanties de la légalité

Chapitre II : Le rôle limité des garants de la légalité

TITRE II LA RELATIVITE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE ET LE BOULEVERSEMENT DES REGLES DE PREUVES

Chapitre I : L'accompagnement de la société civile dans le recueil de la preuve

Chapitre II : L'admission partielle de la provocation

SECONDE PARTIE LE DEVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE PAR LA POLICE JUDICIAIRE

TITRE I LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE ET LA FACILITATION DE L'OBTENTION DE LA PREUVE

Chapitre I : Les critères de la proportionnalité

Chapitre II : La métamorphose de la proportionnalité

TITRE II LA PORTEE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE

Chapitre I : La réorganisation des investigations

Chapitre II : La mobilisation importante de ressources humaines et matérielles

Liste des principales abréviations

Act.	Actualités
AFDI	Annuaire française de droit international
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AJ pén.	Actualité juridique pénal
ALD	Actualité législative Dalloz
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle
Banque	Revue Banque
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. d'acc.	Chambre d'accusation
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D	Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dr. pén.	Droit pénal
Ed.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Infra	Voir au dessous
IR	Informations rapides
J-Cl. proc. pén.	Juris-classeur procédure pénale
JCP	Juris-classeur périodique
JCP E	Juris-classeur périodique, édition générale
JO	Journal officiel
La Doc. fra.	La Documentation française
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
PUAM	Presses universitaires Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDP	Revue de Droit public
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
Rép. pén.	Répertoire pénal
RFDA	Revue française de droit administratif
Rev. pén. dr. pén.	Revue pénitentiaire et droit pénal
RGDP	Revue générale des procédures
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RID pén.	Revue internationale de droit pénal
RIPC	Revue internationale de police criminelle
RRJ	Revue de la recherche juridique
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S	Sirey
Somm. comm.	Sommaires commentés
Supra	Voir au dessus
Trib. corr.	Tribunal correctionnel

INTRODUCTION

« La qualité d'une Nation civilisée se mesure aux méthodes utilisées par sa police pour appliquer le droit »¹.

§1. La police judiciaire : histoire, formation et composition

A. Historique

1.- L'histoire de la police judiciaire est marquée par l'évolution de ses missions et de ses prérogatives. Au Moyen Âge, les pouvoirs de police constituent les prérogatives du roi censé assurer la sécurité de ses sujets. Cependant, ces prérogatives sont souvent exercées par les seigneurs. Ces derniers s'octroient les pouvoirs d'arrestation et de jugement des personnes soupçonnées de vols ou d'agressions². Ce n'est véritablement qu'en 1032 qu'est apparu Le Prévôt Royal de Paris, titulaire des prérogatives de police. Comme son nom l'indique, le Prévôt était simplement un préposé à la police et à la justice du roi à Paris. Puis ses fonctions vont s'étendre dans la majeure partie du royaume³. Le Prévôt s'entoure, dès 1254, des Enquêteurs-Examineurs au Châtelet⁴ qui héritent également des pouvoirs de police et de justice, assistés des hommes en arme, dirigés par le Chevalier du guet, qui se chargent d'effectuer des surveillances dans les rues du royaume⁵. Ainsi, ces différents organes se voient confier la mission de poursuivre toutes les infractions qui se commettent et de juger leurs auteurs.

2.- Les Prévôts des maréchaux, la structure militaire chargée de la police des troupes et des camps est dotée le 3 octobre 1544 de la compétence pour connaître « des vols sur les chemins publics ou dans les maisons, des crimes commis dans les campagnes, des sacrilèges et des

¹ W. CHURCHILL, cité par P. MC GUINNESS, in *Un coupable idéal*, documentaire, J.-X. De LESTRADE, Dalloz, 2005.

² Peu à peu les seigneurs féodaux vont être contraints de respecter ces prérogatives reconnues au seul roi.

³ Le Prévôt cumule les fonctions de gouverneur militaire, régisseur des domaines royaux, juge et chef de la police.

⁴ Ils prennent le nom de commissaires-enquêteurs au Châtelet en 1306 et de commissaires au Châtelet en 1521.

⁵ M. LE CLERE, *Histoire de la Police*, PUF, 1973, p. 14.

agressions »⁶ commis autant par les civils que les militaires⁷. La campagne est donc le domaine réservé de l'armée. Cette structure militaire prend le nom de maréchaussée et devient après la Révolution la Gendarmerie nationale dont les attributions en matière de police judiciaire vont de plus en plus s'affirmer⁸.

3.- Par un édit du 15 mars 1667 est créée la charge de lieutenant de police⁹ avec des attributions judiciaires et policières. Ce lieutenant est chargé de procéder à l'arrestation et au jugement des suspects¹⁰. C'est avec la création, en 1699, du corps des commissaires de police « chargés de tout ce qui regarde la police ainsi que ceux de notre Châtelet », qu'émerge l'idée d'une police à part entière. Ces commissaires se chargent de « dresser des contraventions constatées par eux ou dont ils ont eu avis »¹¹. Ces nouveaux personnages acquièrent des attributions strictement policières et les attributions judiciaires demeurent la chasse gardée du lieutenant général de police¹². La création en 1708 du corps des inspecteurs de police à Paris renforce cette volonté de séparer la police et la justice. Ce nouveau corps est chargé de « veiller plus spécialement à la sûreté des rues, d'écouter les nouvelles, d'éventer les complots et de dénoncer les voleurs »¹³.

4.- Malgré des pouvoirs étendus, la police, incapable d'anticiper la Révolution sera surprise par l'insurrection populaire. Et, sous la Révolution, les pouvoirs de police relèvent de la compétence du maire qui va assurer le rôle du lieutenant général de police. Le maire se dote ainsi des attributions policières et judiciaires¹⁴. Cette confusion des pouvoirs va peu à peu s'estomper à travers, notamment, l'instauration, le 17 février 1800, de la préfecture de police¹⁵. Si à l'origine sa compétence se limite à « la police des filles, des voleurs et des réverbères »¹⁶, elle s'étend très rapidement puisque ce nouveau personnage se voit charger d'assurer « l'exécution des lois, de viser passeports et permissions, de réprimer les délits, de

⁶ Par l'édit du 3 octobre 1544, François 1^{er} décida, après avoir étendu la compétence des Prévôts des maréchaux, d'organiser cette police destinée aux campagnes.

⁷ V. HREBLAY, *La Police judiciaire*, PUF, 1997, p. 12.

⁸ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 76, p. 56.

⁹ Le lieutenant de police prend le nom de lieutenant général de police en 1674.

¹⁰ V. HREBLAY, *La Police judiciaire*, PUF, 1997, p. 14.

¹¹ M. LE CLERE, *Histoire de la police*, PUF, 1973, p. 35.

¹² Le lieutenant général de police remplace le lieutenant de police.

¹³ M. LE CLERE, *Histoire de la police*, PUF, 1973, p. 36.

¹⁴ J.-M. BERLIERE et R. LEVY, *Histoire des polices en France. De l'Ancien Régime à nos jours*, Nouveau Monde éditions, 2011, p. 45.

¹⁵ Héritière du lieutenant général de police, cette fonction n'est d'abord créée que pour la ville de Paris, ensuite étendue à Lyon et dans toutes les villes de plus de quarante milles habitants.

¹⁶ M. LE CLERE, *Histoire de la police*, PUF, 1997, p. 59.

contrôler libraire, théâtre, garnis et de surveiller enfin émigrés, prêtres et déserteurs »¹⁷. Le préfet cumule à la fois les pouvoirs de police judiciaire et administrative.

5.- Sous la Restauration, l'ordonnance du 12 mars 1829 instaure les sergents de ville dont la mission est d'assurer la sécurité des personnes et des biens. Ces serviteurs sont vêtus d'uniformes censés les rendre plus visibles et ainsi dissuader de la commission d'infractions¹⁸. Même si cette nouvelle police assure davantage un rôle préventif que répressif, l'idée principale est la séparation à nouveau de la police et la justice qui va devenir la règle lors des réformes successives.

6.- La III^{ème} République est l'époque de la restructuration de la police. Les créations¹⁹ succèdent aux dissolutions²⁰. Par arrêté du 7 septembre 1870, les sergents de ville prennent le nom de gardiens de la paix publique. Une grande partie de ces hommes prêtent main forte à l'armée dans des combats lors des différentes guerres. Apparaît ainsi une transformation de la mission de la police. Le 13 décembre 1882, Alphonse Bertillon expérimente sa méthode d'anthropométrie en mesurant les individus amenés au dépôt. C'est le début d'une ère nouvelle, celle de la preuve scientifique²¹. Un an plus tard, est institué un bureau de l'identité judiciaire à la préfecture de Police de Paris qui se charge de signaler les auteurs d'infractions pour permettre de faire des recoupements par le relevé de traces sur la scène de l'infraction. Plus tard la possibilité d'exploiter les empreintes digitales et surtout génétiques pour confondre une personne va constituer la grande découverte du siècle dernier. Cette « révolution » s'accompagne de la mise en place de la police technique et scientifique, la seule habilitée à s'introduire sur la scène de l'infraction et à relever tous les indices susceptibles d'orienter les investigations²². Le 30 décembre 1907, sont créées douze brigades de police mobile « chargées sous le contrôle des procureurs généraux de la recherche et de la

¹⁷ G. VANIER, *La préfecture de police. Une institution atypique au cœur de la Cité*, Les éditions du huitième jour, 2007, p. 7 et s.

¹⁸ J.-M. BERLIÈRE et R. LEVY, *Histoire des polices en France. De l'Ancien Régime à nos jours*, Nouveau Monde éditions, 2011, p. 27.

¹⁹ La Police des trains est créée en 1846 et devient plus tard les Renseignements Généraux. La Préfecture de Police de Lyon est créée en 1851.

²⁰ La garde mobile, créée en 1848, pour maintenir l'ordre à Paris, est dissoute en 1849. Le Ministère de la Police est supprimé et remplacé par la Direction Générale de la Police au sein du Ministère de l'Intérieur.

²¹ CH. JALBY, *La police technique et scientifique*, 2^{ème} éd., PUF, 2010, p. 7 et s.

²² V. HREBLAY, *La Police judiciaire*, PUF, 1997, p. 15 et s.

répression des crimes et délits de droit commun dont les auteurs sont inconnus ou en fuite »²³. Il s'agit de lutter particulièrement contre des bandes organisées.

7.- Pendant la Seconde Guerre Mondiale, la loi du 23 avril 1941 crée une direction générale de la Police nationale²⁴, divisée en trois directions actives : Sécurité publique, Police judiciaire et Renseignements généraux. C'est l'étatisation de la police dans toutes les villes de plus de dix mille habitants.

8.- Après la Guerre, la loi du 9 juillet 1966 crée la Police Nationale qui regroupe les agents de la direction générale de la Police nationale et de la Préfecture de police. En 2002, sont créés des Groupes d'Intervention Régionaux rassemblant des fonctionnaires de la police, de la gendarmerie, des douanes et des impôts pour lutter principalement contre l'économie souterraine.

9.- En parallèle, sont créés des offices centraux pour appréhender des catégories particulières d'infractions en raison de leur complexité et leur technicité²⁵. Il s'agit donc de s'adapter aux phénomènes délictueux. Cette adaptation passe nécessairement par une redéfinition de la fonction de police.

B. Formation et composition

10.- Le terme police a pour origine le mot grec *polis* (cité, ville), décliné en *politeia* qui signifiait « l'art de gouverner la cité ». Il devient *pollitia* en latin et *pollice* en vieux français qui signifiait « gouvernement ». Pendant très longtemps, ce mot évoquait simplement la gestion d'une cité, avant de prendre sa forme actuelle de police, chargée de faire respecter l'ordre dans la société. Cette finalité est expressément affirmée par le Code du 3 Brumaire an IV en son article 16, lequel précise que la police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle. Il s'agit pour la police d'interdire « tout ce qui

²³ M. LE CLERE, *Histoire de la police*, PUF, 1973, p. 104.

²⁴ Elle prend le nom de Sûreté nationale de 1944 à 1966.

²⁵ Notamment Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication, Office central pour la répression du faux monnayage, Office central de lutte contre le trafic des biens culturels, Office central pour la répression de la grande délinquance financière, Office central de lutte contre la criminalité organisée, Office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants et l'Office central pour la répression des violences faites aux personnes.

provoque du désordre »²⁶. Cette fonction confère à la police un rôle déterminant en amont, lequel consiste, pour maintenir l'ordre public²⁷, à prévenir toute manifestation du désordre. Il est vrai que, dans certains cas, la police peut effectuer une opération dans un but de maintien de l'ordre public. Dans d'autres cas, majoritairement, l'opération menée peut avoir pour finalité d'engager des poursuites judiciaires. Cette dualité de fonctions est la conséquence directe de la division de la police en police administrative et judiciaire. La difficulté vient du fait que les opérations en question sont accomplies par les mêmes acteurs, ce qui peut prêter à confusion. L'opération de police administrative peut se situer dans le prolongement de celle de police judiciaire et inversement²⁸, alors même qu'elles ne poursuivent pas les mêmes objectifs et ne relèvent pas des mêmes autorités²⁹. Il est apparu nécessaire de déterminer le critère permettant de distinguer clairement la police administrative de la police judiciaire.

11.- La question de la distinction entre la police administrative et la police judiciaire va d'abord être traitée par le législateur. Le Code du 3 Brumaire an IV affirme que « la police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale. Elle tend principalement à prévenir les délits »³⁰. La « Police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir »³¹. De ces définitions, il résulte que la police administrative dont le rôle est d'intervenir avant la commission des infractions a une finalité préventive alors que la police judiciaire, qui intervient une fois l'infraction commise, a une finalité répressive³². Ce n'est pas la qualité de l'agent qui détermine le domaine d'action de la police, mais le but poursuivi par l'agent au moment de l'accomplissement de l'opération. Ce critère finaliste a été consacré par le Conseil d'Etat³³, ensuite repris par le Tribunal des conflits³⁴ et par les juridictions judiciaires³⁵. Mais qui compose la police judiciaire ?

²⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. 445.

²⁷ L'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales précise que l'ordre public est composé de trois éléments : sécurité, salubrité et tranquillité.

²⁸ H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, p. 1.

²⁹ Les actes de police administrative relèvent de la compétence du juge administratif alors que les actes de police judiciaire relèvent de la compétence du juge judiciaire. La distinction est donc essentielle dans le cadre du contentieux de la responsabilité.

³⁰ Article 19.

³¹ Article 20.

³² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 237, p. 304 ; H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, p. 1.

³³ CE, 11 mai 1951, Baud, S. 1952, 3, 13, note DRAGO ; CE, 8 mars 1963, Masetti, JCP 1963, II, 13268, note MOREAU ; CE, 18 nov. 1988, Raszewski, JCP 1989, II, 21211.

12.- La police judiciaire revêt plusieurs sens. Au sens fonctionnel, la police judiciaire est une division administrative, chargée de « constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte. Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions »³⁶. La police judiciaire joue donc un rôle essentiel en amont du procès pénal. C'est elle qui se charge de recevoir les plaintes, les dénonciations, les témoins et procède aux investigations, à la recherche des éléments permettant l'identification du ou des auteur(s) de l'infraction. Toutefois, le pouvoir de la police judiciaire est plus ou moins important selon l'enquête. Dans le cadre de l'enquête préliminaire³⁷, la police judiciaire agissant d'office ou sur instruction du procureur de la République ne dispose pas de pouvoirs coercitifs. Elle va essayer d'obtenir sur une infraction les premiers renseignements afin de permettre au procureur de la République de poursuivre ou non ladite infraction. C'est l'unique façon de recueillir des éléments sur plainte ou dénonciation et d'en apprécier la véracité. Dans le cadre de l'enquête de flagrance, la police judiciaire dispose de prérogatives accrues en raison de l'actualité de l'infraction³⁸. C'est en grande partie l'urgence de la situation qui justifie l'octroi à la police judiciaire de prérogatives coercitives, lesquelles se trouvent limitées dans le temps³⁹. L'incidence temporelle sur les enquêtes est de nature et de faciliter les investigations et de limiter la durée de celles-ci.

13.- En raison de sa place centrale dans la procédure, la police judiciaire est « un instrument déterminant de la constitution du dossier judiciaire dans la mesure où elle rassemble l'essentiel des actes d'administration de la preuve dans la phase préalable au procès pénal, qui commence avec la poursuite, en permettant de rapporter la preuve des infractions et de leur imputabilité »⁴⁰. Mais encore, la police judiciaire représente, dans le dispositif répressif, « la pierre angulaire de tout un système d'information, d'action et de relation. Elle est admise par

³⁴ Trib. confl. 7 juin 1951, Noualek, Rec. p. 636, S. 1952, III, 20 ; Trib. confl. 9 juin 1986, Seltier, *Dr. adm.* n° 518 ; Trib. confl. 16 janv. 1968, Tayeb, *D.* 1968, 417 ; 15 déc. 1977, Rec. p. 671 ; Trib. confl. 12 juin 1978, Rec. p. 649.

³⁵ Cass. civ., 13 oct. 1960, Bull. civ. II, n° 571 ; Cass. civ., 16 mars 1972, Bull. civ. II, n° 82 ; Cass. civ., 10 juin 1986, *JCP* 1986, II, 20683.

³⁶ Article 14 du Code de procédure pénale.

³⁷ Article 75 du Code de procédure pénale.

³⁸ L'article 53 du Code de procédure pénale définit la flagrance comme crime ou délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit.

³⁹ L'enquête ne peut durer que huit jours et peut, sous conditions, être prolongée de huit jours supplémentaires par le procureur de République.

⁴⁰ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 637, p. 493 et 494.

tous comme l'ultime recours face à l'arbitraire, plus insupportable encore, de la violence privée et de la loi du plus fort. Pèsent sur elle non seulement la protection de la société, mais également le bon fonctionnement de la justice »⁴¹. Son travail dans le recueil de la preuve est déterminant. C'est sur ce travail que le juge va se baser pour rendre justice d'après son intime conviction.

14.- Au sens organique, la police judiciaire, exercée sous la direction du procureur de la République⁴², placée sous surveillance du procureur général dans chaque ressort de la cour d'appel et sous le contrôle de la chambre de l'instruction⁴³, désigne l'ensemble des personnes chargées d'assumer les fonctions de police judiciaire. Cela comprend les officiers de police judiciaire, les agents et agents adjoints de police judiciaire et les fonctionnaires et agents auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire⁴⁴.

15.- S'agissant des officiers de police judiciaire, cette qualité est attribuée soit d'office⁴⁵ soit sous conditions⁴⁶. L'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire ne confère pas automatiquement les prérogatives d'officier de police judiciaire. A l'exception de quelques personnes⁴⁷, l'exercice de fonctions d'officier de police judiciaire est subordonné à l'octroi d'une habilitation⁴⁸. Pour être habilité à exercer les attributions attachées à la qualité d'officier de police judiciaire, l'intéressé doit être affecté à un emploi comportant l'exercice des fonctions d'officier de police judiciaire. La demande d'habilitation est adressée par le chef de service au procureur général près la cour d'appel dans le ressort duquel se trouve le siège des

⁴¹ V. HREBLAY, *La Police judiciaire*, PUF, 1997, p. 6 et p. 11.

⁴² Article 12 du Code de procédure pénale.

⁴³ Article 13 du Code de procédure pénale.

⁴⁴ Article 15 du Code de procédure pénale.

⁴⁵ Aux termes de l'article 16 du Code de procédure pénale, cette qualité est reconnue d'office : aux maires et leurs adjoints, aux officiers et gradés de la gendarmerie, aux inspecteurs généraux, les sous-directeurs de police active, aux contrôleurs généraux, aux commissaires de police, aux officiers de police, aux personnes exerçant des fonctions de directeur ou sous-directeur de la police nationale, aux personnes exerçant les fonctions de directeur ou sous-directeur de la gendarmerie.

⁴⁶ Cette qualité est reconnue d'une part aux agents ayant réussi l'examen et nominativement désignés par arrêté interministeriel et après avis conforme d'une commission dont la composition est prévue par les articles R. 3 à R. 12 du Code de procédure pénale. Il s'agit des gendarmes comptant au moins trois ans de service dans la gendarmerie, des fonctionnaires du corps d'encadrement et d'application de la police nationale comptant au moins trois ans de service dans ce corps. D'autre part, l'article R. 7 du Code de procédure pénale précise que par dérogation et sur avis conforme de la commission, la qualité d'officier de police judiciaire peut être attribuée sans examen technique au gendarme blessé dans le service à l'occasion d'une opération de police au cours de laquelle il a fait preuve de qualités particulières de courage. Toutefois, l'attribution de cette qualité ne peut prendre effet avant que le bénéficiaire ait accompli quatre ans en activité de service dans la gendarmerie.

⁴⁷ Les maires et leurs adjoints, les personnes exerçant les fonctions de directeur ou sous-directeur de la police judiciaire, les personnes exerçant les fonctions de directeur et sous-directeur de la gendarmerie.

⁴⁸ Article R. 13 et suivants du Code de procédure pénale.

fonctions de l'officier de police judiciaire. La demande doit préciser la nature des fonctions confiées et les limites territoriales dans lesquelles il sera appelé à les exercer habituellement. Lorsque la compétence territoriale excède le ressort de la cour d'appel, le procureur général saisi de la demande d'habilitation statue après avis du procureur général près chaque cour d'appel dans le ressort duquel l'officier de police judiciaire est appelé à exercer ses fonctions habituelles. Lorsque l'officier de police judiciaire est appelé à exercer ses fonctions au sein d'un service à compétence nationale, le procureur général près la cour d'appel de Paris statue sans consultation préalable des autres procureurs généraux. Le procureur général accorde ou refuse par arrêté l'habilitation. Lorsqu'il envisage de refuser l'habilitation, le procureur général en informe l'intéressé, en lui précisant qu'il peut, dans un délai de quinze jours, prendre connaissance de son dossier et être entendu, le cas échéant, avec l'assistance d'un conseil de son choix. L'article 128 de la loi n° 2009-526 du 12 mars 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement de procédures prévoit un recours contre la décision de refus d'habilitation.

16.- Les officiers de police judiciaire sont compétents pour recevoir les plaintes et dénonciations. Ils procèdent à des enquêtes préliminaires. Ils exercent les pouvoirs qui leur sont conférés en cas de crimes et délits flagrants et exécutent les commissions rogatoires du juge d'instruction. Ils ont le droit de requérir directement la force pour l'exécution de leur mission. Ils procèdent à des placements en garde à vue et à des réquisitions à expert⁴⁹.

17.- S'agissant des agents de police judiciaire, cette qualité est reconnue d'office par la loi à certaines personnes⁵⁰. Si l'exercice des fonctions attachées à la qualité d'agent de police judiciaire n'est pas subordonné à l'habilitation préalable du procureur général, il exige seulement que l'intéressé soit affecté à un emploi comportant l'exercice des fonctions d'agent de police judiciaire. Ils ont pour mission de seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les

⁴⁹ Article 17 du Code de procédure pénale citant l'article 14 du même Code.

⁵⁰ Aux termes des articles 20 et 20-1 du Code de procédure pénale, cette qualité est reconnue aux gendarmes n'ayant pas la qualité d'officier de police judiciaire, aux fonctionnaires titulaires des services actifs de la police nationale n'ayant pas la qualité d'officier de police judiciaire, aux fonctionnaires de la police nationale et militaires de la gendarmerie à la retraite lorsqu'ils sont appelés au titre de la réserve civile de la police nationale ou au titre de la réserve opérationnelle de la gendarmerie nationale. Jusqu'à la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, cette qualité pouvait bénéficier à certains agents ayant réussi l'examen tels que les gardiens de la paix issus de l'ancien corps des gradés et gardiens de la Police nationale nommés stagiaires avant le 31 décembre 1985 et les gardiens de la paix issus de l'ancien corps des enquêteurs de police nommés stagiaires avant le 1^{er} mars 1979. L'article 114-2 de la loi du 14 mars 2011 a abrogé ces dispositions.

officiers de police judiciaire⁵¹. Ils constatent les infractions et dressent procès-verbal. Ils reçoivent par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices des infractions. Ils n'ont pas qualité pour décider des mesures de garde à vue. Ils ont pour mission d'assurer l'exécution des mesures de contrainte contre les témoins défaillants, des mandats d'amener, de dépôt, d'arrêt et des ordonnances de prise de corps, des arrêts et des jugements de condamnation, des contraintes judiciaires. Ils peuvent effectuer des enquêtes préliminaires soit d'office, soit sur instructions du procureur de la République ou de leurs chefs hiérarchiques.

18.- Concernant les agents de police judiciaire adjoints, la loi attribue d'office cette qualité à certains agents selon leurs grades et leurs fonctions⁵². L'exercice des fonctions attachées à cette qualité est limité. Ils ont pour mission de seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire⁵³, de rendre compte à leurs chefs hiérarchiques des infractions dont ils ont eu connaissance, de constater les infractions à la loi pénale et de recueillir les renseignements en vue de découvrir les auteurs de ces infractions, de constater par procès-verbal les contraventions au code de la route et de recueillir les éventuelles observations du contrevenant. Ils peuvent procéder à des contrôles d'identité sur ordre des officiers de police judiciaire et sous leur responsabilité⁵⁴. Ils peuvent procéder à des relevés d'identité par procès-verbal⁵⁵.

19.- Enfin, s'agissant des autres agents exerçant des fonctions de police judiciaire, il s'agit principalement des agents des administrations spécialement habilitées. Ils sont spécialement habilités à constater des infractions dans leur domaine de compétences⁵⁶. Ainsi par exemple, les ingénieurs, les chefs de district et agents techniques des eaux et forêts et les gardes champêtres recherchent et constatent par procès-verbaux les délits et contraventions qui

⁵¹ Articles 20, D. 13 à D. 15 du Code de procédure pénale.

⁵² Aux termes de l'article 21 du Code de procédure, cette qualité est reconnue aux fonctionnaires des services actifs de police nationale ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 20, aux volontaires servant en qualité de militaire dans la gendarmerie, aux adjoints de sécurité mentionnés à l'article 36 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, aux agents de surveillance de Paris, aux agents de la police municipale, aux gardes champêtres lorsqu'ils agissent pour l'exercice des attributions fixées au dernier alinéa de l'article L. 2213-18 du Code général des collectivités territoriales.

⁵³ Article 21 et suivants du Code de procédure pénale.

⁵⁴ Article 78-2 du Code de procédure pénale.

⁵⁵ Article 78-6 du Code de procédure pénale.

⁵⁶ V. *infra* n° 289 et s.

portent atteinte aux propriétés forestières ou rurales⁵⁷. S'ils peuvent suivre les choses enlevées dans les lieux où elles ont été transportées et les mettent sous séquestre, ils ne peuvent cependant pénétrer dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos qu'en présence d'un officier de police judiciaire qui ne peut se refuser à les accompagner et qui signe le procès-verbal de l'opération à laquelle il a assisté⁵⁸. Ils conduisent devant lui toute personne surprise en flagrant délit. Ils peuvent requérir directement la force publique et certains agents peuvent se faire donner main-forte par le maire, l'adjoint ou le commandant de brigade de gendarmerie qui ne peuvent s'y refuser⁵⁹.

20.- A côté de ces agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire, une place particulier doit être accordée d'une part au service national de la douane judiciaire. Créé par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, ce service comprend des inspecteurs et de contrôleurs de douanes. Ils sont spécialement désignés par arrêté interministériel après avis conforme d'une commission. Ils sont habilités par le procureur général près la cour d'appel de Paris. Ce service, placé sous l'autorité d'un magistrat, a une compétence nationale. Les agents sont compétents pour rechercher et constater les infractions prévues par le code des douanes, les infractions en matière de contributions indirectes, d'escroquerie sur la taxe sur la valeur ajoutée et de vols de biens culturels, les infractions relatives à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, les infractions du code de la défense, les infractions du code pénal, les infractions du code de la propriété intellectuelle, les infractions relatives à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne⁶⁰.

21.- D'autre part la loi de finances n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 prévoit que des agents des services fiscaux de catégories A et B peuvent être habilités à effectuer des enquêtes judiciaires sur réquisition du procureur de la République⁶¹ ou sur commission rogatoire⁶². Ils sont habilités par le procureur général et sont placés au sein du ministère de l'intérieur. Les agents sont compétents pour rechercher et constater, sur l'ensemble du territoire national, les

⁵⁷ Article 22 du Code de procédure pénale.

⁵⁸ Article 23 du Code de procédure pénale

⁵⁹ Article 24 du Code de procédure pénale.

⁶⁰ Article 28-1 du Code de procédure pénale.

⁶¹ Les articles 54, 55-1, 56, 57 à 62, 63 à 67 et 75 à 78 du Code de procédure pénale s'appliquent en cas d'enquête sur réquisition du procureur de la République.

⁶² Les articles 100 à 100-7 et 152 à 155 du Code de procédure pénale s'appliquent en cas de commission rogatoire.

infractions prévues par les articles 1741 et 1743 du Code général des impôts lorsqu'il existe des présomptions caractérisées que les infractions prévues résultent d'une des conditions prévues aux 1° à 3° de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales.

22.- Enfin, le terme « Police judiciaire » peut désigner les services de la Police nationale dépendant de la Direction centrale de la Police judiciaire.

Le magistrat détient des prérogatives dans la conduite et la direction des enquêtes de police⁶³, ce qui revient à se poser la question de rapports entre la police judiciaire et les magistrats.

C. Lien avec les magistrats

23.- Les règles posées depuis longtemps montrent que la police judiciaire est placée dans le giron de la magistrature. Le Code d'instruction criminelle avait attribué la qualité d'officiers de police judiciaire aux magistrats⁶⁴, lesquels se voyaient confier les fonctions de police judiciaire. Les autres officiers de police judiciaire voyaient leur mission encadrée. Subordonnés aux magistrats, ces officiers de police judiciaire étaient chargés de constater les contraventions et d'assister les magistrats chargés de la poursuite dans la recherche des crimes et délits. Ce rôle se limitait à la transmission des plaintes et dénonciations. Toutefois, en cas de crime flagrant, les pouvoirs de ces officiers pouvaient s'accroître à travers le mécanisme de la délégation⁶⁵. Cette situation remplaçait ces agents au « centre de la notion de police judiciaire »⁶⁶. Reste que ce système présentait de nombreux inconvénients, parmi lesquels l'absence de séparation entre les fonctions⁶⁷. C'est ainsi que le Code de procédure pénale a retiré aux magistrats la qualité d'officiers de police judiciaire. Cependant, le procureur de la République⁶⁸ et le juge d'instruction gardent les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire. Ces deux magistrats peuvent procéder ou faire procéder à tous

⁶³ Numéro spécial, « L'incidence des réformes de procédure pénale sur les acteurs du procès », *Dr. pén.* 2007.

⁶⁴ Article 9.

⁶⁵ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 74, p. 62.

⁶⁶ H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, n° 5, p. 3.

⁶⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 257, p. 322 : « la qualité d'officier de police judiciaire du procureur et de ses substituts les soumettait au pouvoir disciplinaire de la chambre d'accusation ; le juge d'instruction se trouvait, de son côté, noté et surveillé par le procureur général. Cette situation était sans inconvénient pour les premiers, car la chambre d'accusation n'usait jamais de son pouvoir. En revanche, elle nuisait considérablement à l'indépendance du second, qu'on disait parfois trop enclin à suivre les directives du parquet et soucieux de ne pas nuire à son propre avancement ; si l'on ajoute que, dans les tribunaux comptant plusieurs juges d'instruction, le procureur choisissait le magistrat chargé d'instruire chaque affaire et pouvait lui retirer le dossier confié pour le remettre à un autre juge, on voit quels abus pouvait entraîner la situation faite au juge d'instruction par le Code d'instruction criminelle ».

⁶⁸ L'article 41, alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que le procureur de la République a tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire.

les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions⁶⁹. La plupart temps, ces magistrats font procéder et contrôler ces actes. Cette mission est confiée à la police judiciaire au sens organique du terme, qui est « spécialement formée, contrairement aux magistrats, pour accomplir ces missions qui les exposent parfois physiquement »⁷⁰. Il est des cas où les magistrats sont tenus de procéder eux-mêmes aux actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions. C'est notamment le cas des perquisitions⁷¹ dans un cabinet d'un avocat ou à son domicile, dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats, dans les locaux d'une entreprise de presse ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne. Le rôle de magistrats s'avère important lorsque l'acte d'investigation a pour conséquence l'exercice d'une liberté individuelle.

L'enquête policière est placée sous l'autorité du procureur de la République⁷². Celui-ci dispose de prérogatives dans la conduite et la direction des enquêtes⁷³. A titre d'exemple, le procureur de la République peut ordonner la comparution par la force publique du témoin récalcitrant⁷⁴. Il peut décerner mandat de recherche et ordonner le placement en garde à vue de la personne concernée aussi bien dans le cadre de la flagrance⁷⁵ que dans le cadre préliminaire⁷⁶. Il contrôle et prolonge les mesures de garde à vue en droit commun⁷⁷. Il peut autoriser une opération d'infiltration⁷⁸. La question se pose de savoir si le procureur de la République est habilité à intervenir lorsque l'acte d'investigation a pour conséquence l'exercice d'une liberté individuelle.

Le Conseil constitutionnel a d'abord affirmé que le « procureur de la République est un magistrat de l'ordre judiciaire qui participe au contrôle du respect des garanties attachées au respect de la liberté individuelle »⁷⁹. Il a ensuite posé le principe selon lequel « l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté

⁶⁹ Articles 74, 74-1, 74-2, 151 et 152 du Code de procédure pénale.

⁷⁰ H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, n° 5, p. 3.

⁷¹ Articles 56-1, 56-2, 76 et 96 du Code de procédure pénale

⁷² Article 12 du Code de procédure pénale.

⁷³ Article 41 du Code de procédure pénale.

⁷⁴ Article 78 du Code de procédure pénale.

⁷⁵ Article 70 du Code de procédure pénale.

⁷⁶ Article 77-4 du Code de procédure pénale.

⁷⁷ Article 63 du Code de procédure pénale.

⁷⁸ Article 706-81 du Code de procédure pénale.

⁷⁹ Cons. const. 5 août 1993, n° 93-323 DC.

individuelle comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet »⁸⁰. Le procureur de la République est, à travers cette jurisprudence, membre de l'autorité judiciaire. Il est donc habilité à intervenir lorsque l'acte d'investigation a pour conséquence l'exercice d'une liberté individuelle. Cette qualité d'autorité judiciaire, reconnue au procureur de la République par le Conseil constitutionnel, est aujourd'hui remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci ne cesse d'affirmer, au fil des décisions, que le parquet français ne remplit pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention européenne, les garanties d'indépendance et d'impartialité exigées pour être qualifié de juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires⁸¹. Il ne peut dès lors être chargé de contrôler et prolonger une mesure privative de liberté. C'est en raison d'une part de lien de dépendance effective entre le ministre de la justice et le ministère public⁸², et d'autre part du défaut d'impartialité du ministère public à l'égard de la personne mise en cause⁸³ que la Cour européenne des droits de l'homme considère que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne. Cette jurisprudence est reprise par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Après avoir longtemps considéré que le procureur de la République est un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires⁸⁴, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme aujourd'hui que le parquet n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne car il ne remplit pas les garanties d'indépendance et d'impartialité exigées⁸⁵. Pour tenter de garantir l'indépendance du parquet à l'égard de l'exécutif, la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique prévoit l'interdiction pour le ministre de la justice d'adresser aux magistrats du parquet des instructions dans des affaires

⁸⁰ Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC ; *D.* 1993, juris. p. 299, note J. PRADEL ; *JCP* 1993, 3720, note F. LE GUNEHÉC ; *LPA* 5 janv. 1994, chron. 20, B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

⁸¹ CEDH, 27 juin 2013, *Vassis c/ France*, n° 62736/09 ; CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06 ; *D.* 2010, p. 2776, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2011, p. 26, note F. FOURMENT ; *D.* 2011, p. 277, note J.-F. RENUCCI ; *D.* 2011, p. 338, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 9 déc. 2010, note O. BACHELET ; *JCP* 2010, act. 1206 ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 208, obs. D. ROETS ; *Procédures* janv. 2011, n° 30, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev c/ France*, n° 3394/03 ; *Gaz. Pal.* 27 avr. 2010, note H. MATSOPOULOU ; *JCP* 2010, act. 454, F. SUDRE ; *D.* 2010, p. 952, P. SPINOSI ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JDI* 2011, 1283, obs. O. BACHELET ET P. TAVERNIER

⁸² Le parquet reçoit des instructions du ministère de la justice.

⁸³ Le parquet peut se prononcer sur une mesure privative de liberté à l'égard d'une personne et intervenir dans la procédure ultérieure à titre d'autorité de poursuite.

⁸⁴ Cass. crim., 10 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 105.

⁸⁵ Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674 ; *Procédures* févr. 2011, n° 67, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *D.* 2011, p. 338, nte J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 4 janv. 2011, note D. ROETS ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI ; *JCP* 2011, doct. 214, J. LEROY.

individuelles⁸⁶. Malgré cette interdiction, le statut du procureur de la République reste dans une zone de turbulence car le lien hiérarchique ne disparaît pas totalement et l'impartialité n'est toujours pas garantie. Le risque d'une nouvelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas à écarter.

L'action de la police judiciaire a pour but de rechercher la preuve de l'infraction.

§2. La preuve : évolution du droit de la preuve

A. Evolution historique des modes de preuve

24.- La preuve a quelque chose de « trompeur »⁸⁷. Pour certains, la preuve est celle qui persuade l'esprit de la vérité⁸⁸. Pour d'autres, la preuve est une démonstration afin de persuader de l'exactitude d'un fait allégué en vue de faire prévaloir un droit⁸⁹. Pour d'autres encore, la preuve peut être définie comme tout moyen permettant d'affirmer l'existence d'un fait donné, ou encore l'exactitude ou la fausseté d'une proposition⁹⁰.

25.- La preuve a fait l'objet d'une évolution spectaculaire. L'histoire de la preuve est marquée par la diversité des techniques employées en vue d'établir la preuve de l'infraction. Chaque époque se voit traversée par une manière singulière d'établir la preuve de l'infraction⁹¹. Au Moyen Âge, la procédure utilisée fut le jugement de Dieu, une procédure reposant sur l'ordalie. La sentence était considérée comme l'intervention de Dieu, lequel ne pouvait donner raison qu'au vainqueur de l'épreuve. Dieu « juge si personne ne parle » car à un « certain degré de développement social et religieux, on est convaincu que le meilleur moyen de déterminer un litige ou de résoudre une question de culpabilité, est d'exposer une au moins des personnes en cause, parfois même les deux, à quelque danger très grave et de forcer ainsi la divinité à prendre partie pour la justice »⁹². Dans ces conditions, seul Dieu est témoin et lui seul est juge dans la manifestation de la vérité. Cette manière de raisonner n'était pas la seule. Il existait, à côté de cette procédure, le duel judiciaire.

⁸⁶ Nouvel article 30 du Code de procédure pénale.

⁸⁷ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Tome I, 2^{ème} éd., Bossange, Paris, 1830, p. 3 : « ce mot a quelque chose de trompeur, il semble que la chose qu'on appelle ainsi ait une force suffisante pour déterminer la créance. Mais on ne doit entendre par là qu'un moyen dont on se sert pour établir la vérité d'un fait, moyen qui peut être bon ou mauvais, complet ou incomplet ».

⁸⁸ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I^{er} part., liv. 3, t. 6, éd., Rémy, II, 1735, p. 204.

⁸⁹ J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, 5.

⁹⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, p. 149.

⁹¹ J.-PH. LEVY, « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », in *La preuve en droit*, études publiées par CH. PERELMAN et P. FORIES, Bruxelles, 1981, p. 27 et s.

⁹² P. GARRAUD, *La preuve par indices dans le procès pénal*, Thèse, Lyon, 1913, n° 248, p. 499.

26.- Contrairement à son appellation, le duel judiciaire est un combat physique organisé entre deux personnes. Le vainqueur échappait à la répression. En revanche le vaincu, considéré comme le coupable, subissait les foudres de la justice.

Le système perdura jusqu'à la Révolution. Les critiques formulées par des auteurs conduiront à repenser toute la procédure pénale, en particulier le système de recherche d'obtention de la preuve.

27.- Sous l'Ancien Régime, il était fait application du principe de la preuve légale selon lequel la valeur des preuves était prédéterminée par la loi. L'existence d'un « tarif » probatoire faisait que le juge ne disposait d'aucune marge d'appréciation, de telle sorte qu'il se trouvait lié par la valeur probatoire arrêtée. Le juge « est comme un clavier, qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches »⁹³. En d'autres termes, il est fait interdiction au juge de condamner une personne sans la preuve dite parfaite⁹⁴. Lorsque la preuve obtenue avait acquis la force probante suffisante, le juge était tenu d'entrer en condamnation. En l'absence de celle-ci, le juge était tenu de relaxer ou d'acquitter le mis en cause. Ce système semblait être favorable à la personne mise en cause, laquelle ne pouvait donc être condamnée qu'en vertu des preuves déterminées par avance⁹⁵.

28.- Il en résulte une hiérarchie des preuves établie selon la force probante. Ce système des preuves légales place alors l'aveu en première position dans la hiérarchie probatoire⁹⁶. L'aveu devient en « occident une des techniques les plus hautement valorisées pour produire le vrai »⁹⁷. L'aveu, la « reine des preuves », ou encore la « preuve irréfragable » conduit les autorités à chercher par tout moyen son obtention⁹⁸. Cette recherche systématique de l'aveu favorise le recours à la torture, considérée comme le moyen d'inciter une personne à reconnaître sa culpabilité⁹⁹. Il « s'est avéré que les accusés, éventuellement sous la torture, avouaient des actes invraisemblables, mais il s'agissait moins d'établir une représentation

⁹³ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Editions Panthéon – Assas, 2010, p. 260.

⁹⁴ A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, PUF, 2003, p. 53.

⁹⁵ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle*, Panthéon – Assas, 2010, p. 261 : « la théorie des preuves légales rendant la conviction du coupable plus difficile à obtenir ».

⁹⁶ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, 2006, n° 98, p. 194 et s.

⁹⁷ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, 1979, p. 79.

⁹⁸ R. DULONG (dir.), *L'aveu ; Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, 2001, p. 8 et s.

⁹⁹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, 2006, n° 93.

certaine de leurs agissements que de démontrer la présence du diable dans la production de crimes inavouables »¹⁰⁰.

29.- Cette pratique va devenir de plus en plus insupportable aux yeux d'un certain nombre d'auteurs. La condamnation de la torture reposait essentiellement sur l'argument qu'elle ne pouvait être considérée comme un moyen de preuve mais qu'elle était par nature une véritable peine. Il était affirmé qu'« un homme ne peut être déclaré coupable avant la sentence du juge, et la société ne peut lui retirer sa protection tant que l'on n'a pas établi qu'il a violé les conditions auxquelles elle lui avait été accordée. Quel est donc le droit, si ce n'est celui de la force, qui peut donner à un juge le pouvoir de faire subir un châtimeut à un citoyen alors qu'on est encore dans le doute quant à sa culpabilité ou à son innocence »¹⁰¹. La torture s'apparente peu à peu à de la violence illégitime.

30.- Depuis la Révolution, le système mis en place est celui de l'intime conviction¹⁰² qui entraîne l'absence de hiérarchisation des éléments de preuves. Tous les éléments de preuve ont en principe la même force probante. L'aveu ne peut plus en théorie avoir une force de conviction incomparable ; il n'est plus qu'un élément de preuve parmi d'autres¹⁰³. De surcroît, la culture de l'aveu, très présente sous le système des preuves légales¹⁰⁴, n'a plus sa raison d'être sous le système de l'intime conviction. Or, il est à observer que l'aveu reste « de loin le plus puissant, le plus impératif des moyens de conviction et il s'impose au juge au même titre qu'une preuve légale »¹⁰⁵. Il tend à apaiser la conscience des acteurs de la procédure pénale, en premier lieu la police judiciaire, dans leur conviction. Le changement de système de preuve n'a pas diminué l'importance considérable de l'aveu dans le système probatoire, ce qui justifie que sa recherche est quasi systématique. Mais depuis quelques temps, l'impact de l'aveu semble de moins en moins significatif. Il n'est plus synonyme de vérité. Désormais, la preuve scientifique apparaît comme la nouvelle ordalie.

¹⁰⁰ Recueils de la société JEAN BODIN, *La preuve ; pour l'histoire comparative des institutions*, Editions de la librairie encyclopédique, 1963, p. 800 et 801.

¹⁰¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 96.

¹⁰² T. SOULARD, « Réflexions sur la notion d'intime conviction ; genèse et portée de l'article 353 du Code de procédure pénale », *RPDP* 2004, p. 555.

¹⁰³ Article 428 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁴ P. LEGENDRE, *De confessis ; remarques sur le statut de la parole dans la première scholastique, in l'aveu dans l'Antiquité et Moyen âge*, Collection de l'école française de Rome, 1986, p. 50.

¹⁰⁵ O. BACHELET, « La hiérarchie des preuves », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 74.

31.- La science est d'abord apparue comme un outil d'identification des criminels. L'idée selon laquelle certains hommes, en raison de leur morphologie, sont prédisposés au crime conduit à considérer que le corps d'un criminel se différencie de celui d'un non criminel en ce qu'il contient des anomalies¹⁰⁶. Cette affirmation va servir de base à l'identification des criminels, puis va être abandonnée au profit d'autres critères explicatifs de la criminalité¹⁰⁷. Ensuite, la science va être vue par les criminalistes comme une méthode permettant de recueillir des indices de l'infraction. Le principe selon lequel une personne laisse malgré lui des traces et emporte, à son insu, des indices¹⁰⁸ accorde une place particulière à la scène de l'infraction. Il s'agit d'y collecter les multiples marques de l'activité de la personne. Seules les personnes ayant reçu une formation adéquate sont en mesure d'effectuer correctement un tel travail et cette mission est aujourd'hui confiée à la police technique et scientifique¹⁰⁹.

32.- Depuis une vingtaine d'années, le savoir scientifique est devenu indispensable aux acteurs de la procédure pénale pour mener à bien leurs investigations¹¹⁰. Le corps humain est devenu un terrain d'investigation, ce qui suppose l'atteinte sinon à l'intimité, du moins à l'intégrité physique de la personne. Or, en vertu de l'adage *noli me tangere*, le corps humain est indisponible¹¹¹. Toute atteinte à l'inviolabilité du corps doit par conséquent être expressément prévue par la loi. A défaut, la liberté de consentement doit demeurer la règle. Si en matière civile le consentement de l'intéressé est exigé dans le cadre d'identification par empreintes génétiques¹¹², le Code de procédure pénale restait silencieux¹¹³. Ce silence pouvait être interprété comme un refus d'identifier une personne par ses empreintes génétiques. Cela est d'autant plus vrai que toute personne dispose du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ce droit s'oppose, en principe, à toute mesure de contrainte¹¹⁴. Toutefois, la preuve scientifique est devenue un élément indispensable de l'enquête pénale par l'intérêt des résultats obtenus et par l'ampleur du domaine dans lequel elle peut être mise en œuvre. Il en est ainsi de l'analyse génétique dont la fiabilité est de plus en plus reconnue. Ainsi, faire reposer l'opération de prélèvement sur le consentement préalable de la personne est

¹⁰⁶ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, 2^{ème} éd., Félix Alcan Editeur, 1887.

¹⁰⁷ Notamment E. FERRI, *Sociologie criminelle*, Dalloz, 2004.

¹⁰⁸ E. LOCARD, *Traité de criminalistique, tome VII « l'enquête criminelle »*, Editions Joannès Desvigne, 1940, p. 171 ; A. BUQUET, *Manuel de criminalistique moderne et de police scientifique*, 5^{ème} éd., PUF, 2011, p. 2 et s.

¹⁰⁹ Articles 55-1, 76-2 et 154-1 du Code de procédure pénale.

¹¹⁰ H. LECLERC, « Le doute, devoir du juge », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 49.

¹¹¹ Article 16-1 du Code civil.

¹¹² Article 16-11 du Code civil.

¹¹³ C. AMBOISE-CASTEROT, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *Mélanges JULIEN. La justice civile au vingt et unième siècle*. Editions Edilax, 1993, p. 9 et s.

¹¹⁴ V. *infra* n° 131 et s.

susceptible d'engendrer, en raison d'un risque élevé de refus, la paralysie de l'investigation corporelle.

33.- D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que le « droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination concerne en premier lieu le droit d'un accusé de garder le silence, et (...) ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect »¹¹⁵. Cette position conduit à considérer que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'existe pas en matière de preuve biologique¹¹⁶. Précisons toutefois que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pose des standards minimums de protection. Rien n'empêche les Etats d'élever le niveau de protection des individus.

34.- En l'absence d'une intervention législative expresse, la jurisprudence française continuait d'exiger le consentement de la personne pour toute atteinte à son intégrité physique¹¹⁷. La place prépondérante de la preuve scientifique dans l'enquête a contraint le législateur à intervenir. Depuis lors, le prélèvement corporel repose sur le consentement. Cependant, celui-ci ne constitue plus une condition indispensable à la recevabilité de la preuve scientifique. En effet, des mécanismes sont prévus pouvant forcer le consentement de l'intéressé¹¹⁸ ou dispenser les enquêteurs de l'assentiment préalable de la personne¹¹⁹. Malgré cela, le consentement reste l'élément central de l'investigation corporelle à des fins probatoires¹²⁰. Il est conseillé aux enquêteurs de systématiquement le rechercher afin d'assurer une meilleure collaboration de la personne. Ce n'est qu'en cas de refus que les enquêteurs peuvent contourner la volonté contraire de la personne.

35.- Pour autant, toutes les techniques « apparentes » à la preuve scientifiques d'établissement de la preuve de l'infraction ne sont pas recevables. En dépit du consentement de la personne concernée, les opérations consistant à contraindre une personne à dire ou à se rappeler de la

¹¹⁵ CEDH, 16 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, *JCP* 1997, I, 4000, n° 18, obs. F. SUDRE.

¹¹⁶ G. FRANCOIS, *La réception de la preuve biologique ; Etude comparative de droit civil et droit pénal*, Thèse, Paris I, 2004, n° 496, p. 596 et 597.

¹¹⁷ Rennes, ch d'acc. 14 août 1997, *D.* 1998, somm. 160, obs. GAUMONT-PRAT.

¹¹⁸ L'incrimination du refus et le prélèvement forcé.

¹¹⁹ Le recueil de données naturellement détachées.

¹²⁰ C. AMBOISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 29.

vérité ne sont pas admises¹²¹. Le critère de recevabilité des méthodes scientifiques repose sur la fiabilité. Ces techniques sont rejetées parce qu'elles sont faillibles. Il est illusoire de penser qu'il est possible de s'immiscer dans le for intérieur d'une personne afin d'activer sa mémoire sur un fait précis. Il est davantage courant que la mémoire se déforme, ce qui entraîne un oubli ou le souvenir de faits inexacts¹²². La pensée ou la conscience d'une personne ne peut être considérée comme crédible. Pourtant, certains Etats restent insensibles à ces préoccupations dans la mesure où ils les utilisent fréquemment¹²³.

36.- A l'heure actuelle, la preuve scientifique bénéficie d'une force probante incomparable. *A priori*, elle est un élément de preuve parmi d'autres. Pour acquérir une force de conviction, elle doit en principe être complétée par d'autres éléments de preuves. En vertu de l'intime conviction¹²⁴, le juge est libre quant à son appréciation : il peut l'admettre comme l'écarter. Toutefois, ce principe semble être mis à mal par la preuve scientifique. Les acteurs de la procédure pénale semblent situer la preuve scientifique au sommet de la hiérarchie supposée de preuves. Elle serait l'unique preuve susceptible de condamner ou d'innocenter une personne. De ce fait, le juge se trouverait lié par l'investigation corporelle¹²⁵. En réalité, la preuve scientifique n'est parfaite que si elle est complétée par les autres éléments de preuve. Elle ne fait pas disparaître la conviction intime du juge, même si celle-ci se trouve affaiblie. Pour déterminer sa conviction, le juge est amené à étudier tous les éléments de preuve qui lui sont présentés. La seule présence de la preuve scientifique est, en théorie, insuffisante à emporter la conviction.

B. La légalité et la loyauté

37.- L'obtention est le fait d'obtenir. Le verbe obtenir peut signifier « recevoir ce que l'on souhaite » ou « atteindre un objectif » ou encore « parvenir à se faire accorder ce que l'on demande »¹²⁶.

Ce verbe a donc plusieurs significations, mais celles-ci ne semblent pas éloignées les unes des autres. Si on prend la première définition « recevoir ce que l'on souhaite », dans le cadre de notre sujet cela signifie recueillir la preuve.

¹²¹ Telles que l'hypnose, le narco-analyse et détecteur de mensonge.

¹²² V. *infra* n° 821 et s.

¹²³ Ces techniques sont admises aux Etats-Unis, notamment le détecteur de mensonge.

¹²⁴ Article 427 du Code de procédure pénale.

¹²⁵ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, L.G.D.J., 2004, p. 251.

¹²⁶ Dictionnaire *le nouveau petit Robert de la langue française*, SNL Le Robert, 2010, p. 1724.

En ce qui concerne la deuxième définition « atteindre un objectif », là encore l'objectif du procès pénal étant la manifestation de la vérité ou/et la conviction du juge, la preuve concourt donc à cette manifestation, c'est-à-dire que la preuve permet d'atteindre cet objectif¹²⁷.

Enfin, quant à la dernière définition « parvenir à se faire accorder ce que l'on demande », dans notre cas cela constitue le moyen employé pour obtenir la preuve. Par le biais des investigations, la police judiciaire parvient à obtenir ce qu'elle cherche : la preuve de l'infraction. Cette preuve ne peut être obtenue illégalement¹²⁸.

38.- En matière civile, la loi détermine les modes de preuves¹²⁹, leur admissibilité¹³⁰ et leur valeur probante¹³¹. Cet encadrement probatoire résulte du fait que la vérité judiciaire et la préconstitution de la preuve, dans le cadre d'un procès civil, reposent spécialement sur les actes juridiques¹³². Alors qu'en matière pénale, la vérité doit s'appuyer sur les faits. Il apparaît clairement que le système probatoire ne saurait être identique à celui du droit civil¹³³ : fournir la preuve d'une infraction pénale doit nécessiter « une plus grande liberté dans les modes d'obtention de celle-ci qu'en procédure civile, où la preuve est souvent préconstituée »¹³⁴. En matière pénale, il existe un particularisme probatoire se caractérisant par le principe de liberté probatoire.

39.- Le principe de la liberté probatoire s'applique devant toutes les juridictions de jugement, aussi bien contraventionnelle¹³⁵, correctionnelle¹³⁶ que criminelle¹³⁷. Précisément, l'article 427 du Code de procédure pénale pose le principe selon lequel « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve ». Sauf dispositions législatives contraires, tous les modes de preuve sont admis. Les parties au procès peuvent proposer tous les éléments de preuve qu'elles estiment nécessaires à la détermination

¹²⁷ V. *infra* n° 59 et s.

¹²⁸ J. BUISSON, « La légalité dans l'administration de la preuve pénale », *Procédures* 1998, chron. n° 14, p. 3.

¹²⁹ Article 1315-1 du Code civil.

¹³⁰ Article 1341 du Code civil.

¹³¹ Articles 1319, 1320, 1322, 1330, 1331, 1333, 1334, 1335, 1336 et 1337 du Code civil.

¹³² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 152 p. 193 : « dans le procès pénal, il s'agit d'établir des faits, et non des actes juridiques : la preuve ne peut s'en préconstituer, à la différence de ce qui se passe, le plus souvent, en matière civile ».

¹³³ PH. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^{ème} éd., Defrenois, 2012, n° 190, p. 169 et s ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2012, n° 219, p. 237.

¹³⁴ A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., Litec, 2012, n° 145, p. 76 et 77.

¹³⁵ Article 536 du Code de procédure pénale.

¹³⁶ Article 427 du Code de procédure pénale.

¹³⁷ Article 353 du Code de procédure pénale.

de la conviction du juge. Ce dernier est tenu de les prendre en considération sans pouvoir *a priori* les écarter. Toutefois, le principe de la liberté de la preuve est d'une application « circonscrite »¹³⁸. La liberté probatoire ne concerne que la production de la preuve : toutes les parties peuvent présenter librement leurs éléments probatoires. En revanche, l'accès à la preuve est strictement réglementée¹³⁹. En fait, tout dépend de la personne qui rapporte la preuve.

40.- Paradoxalement, le Code de procédure pénale ne fait aucune distinction entre les acteurs bénéficiant de la liberté probatoire à la fois dans sa recherche et dans son administration. Sauf prescription législative expresse, il devrait alors être considéré que toute personne partie au procès pénal bénéficie de la liberté de la preuve *lato sensu*, c'est-à-dire englobant et son recueil et sa production. Ainsi, le juge serait dispensé du pouvoir de vérification de l'origine de la preuve. Sa mission se cantonnerait à l'appréciation de cette origine après sa discussion par les parties. Tel n'est pas le cas : en effet la jurisprudence relativise depuis longtemps la portée du principe. Seuls les acteurs privés disposent d'une grande liberté dans l'obtention et la production de la preuve en ce qu'ils peuvent produire en justice une preuve obtenue illicitement voire constitutive d'une infraction pénale. De jurisprudence constante la Chambre criminelle de la Cour de cassation énonce qu' « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; il appartient seulement aux juges répressifs d'en apprécier la valeur probante en application de l'article 427 du code de procédure pénale »¹⁴⁰. La précision jurisprudentielle permet de rendre effectif le principe de la liberté probatoire au profit des acteurs privés. Tous les moyens s'avèrent admissibles pour accéder à la preuve.

41.- Il n'en demeure pas moins que pour la police judiciaire et les magistrats, le principe de la liberté de la preuve se trouve limité par le principe de légalité¹⁴¹. La police judiciaire ne peut

¹³⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 523, p. 445.

¹³⁹ G. DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, chron. p. 153 : « la formulation de l'article 427 du Code de procédure pénale permet de cerner avec précision le champ d'application de ce principe. Celui-ci concernerait tant la recherche de la preuve que son appréciation. Pourtant, de l'analyse de l'ensemble des dispositions contenues dans le code de procédure pénale, il résulte que dans cette première phase une réglementation extrêmement précise a été édictée permettant de conclure à une absence de liberté ».

¹⁴⁰ Cass. crim., 12 juin 2003, *Procédures* 2003, n° 223 ; V. également Cass. crim., 6 avr. 1994, Bull. crim., n° 136 ; Cass. crim., 15 juin 1993, *D.* 1994, p. 613, note C. MASCALA ; Cass. crim., 19 janv. 1999, *JCP* 1999, II, n° 10156, note D. REBUT.

¹⁴¹ J. BUISSON, « La légalité dans l'administration de la preuve pénale », *Procédures* 1998, chron. n° 14, p. 3 : « le principe de la liberté de la preuve apparaît finalement d'une application circonscrite dans la mesure où

ou dépasser le cadre légalement admis car dans un Etat de droit, la preuve ne peut être régie que par la loi. Si la police judiciaire peut produire en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, la recherche probatoire est strictement réglementée : la loi précise en effet les conditions dans lesquelles la preuve doit être recherchée¹⁴². La police judiciaire est tenue de respecter les formalités prévues¹⁴³.

Outre les conditions prescrites par la loi, la police judiciaire est également tenue de respecter le principe de loyauté¹⁴⁴. Découvert par la jurisprudence¹⁴⁵, ce principe signifie que la police judiciaire ne peut, pour obtenir la preuve de l'infraction, recourir à des ruses, stratagèmes ou procédés déloyaux. D'abord imposée aux magistrats, la loyauté probatoire a été étendue aux policiers rogatoirement commis¹⁴⁶. Et la question s'est posée de savoir si le principe de loyauté s'imposait de façon uniforme aux policiers agissant dans le cadre de l'enquête. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'applique pas de manière uniforme la loyauté probatoire, mais plutôt au cas par cas. S'il revêt une valeur absolue à l'égard des magistrats, le principe de loyauté dans la recherche de la preuve n'a qu'une valeur relative à la charge de la police judiciaire¹⁴⁷ et n'a aucune valeur à l'encontre des acteurs privés.

42.- Ce principe ne revêt aucune valeur à la charge des acteurs privés, l'accès à la preuve étant libre. Les acteurs privés peuvent recourir, *a priori*, à tous les procédés y compris illicites ou déloyaux pour obtenir la preuve. Cette interprétation libérale à l'égard des acteurs privés et restrictive à l'égard de la police judiciaire agissant dans l'exercice de ses fonctions a donné lieu à de vives critiques. Une partie de la doctrine estime que la Chambre criminelle de la

l'administration de la preuve doit respecter la légalité » ; R. VOUIN, « Preuve et atteintes à la personne », *JCP* 1949, I, 758.

¹⁴² La loi régit notamment les perquisitions, saisies, visites domiciliaires et écoutes téléphoniques.

¹⁴³ Le non respect de ces formalités n'entraîne pas forcément la nullité de la procédure. Le juge s'appuie souvent sur la complexité de la procédure des nullités, en raison de la distinction entre nullité d'ordre public et nullité d'intérêt privé, pour valider les procédures contestées. Sur la complexité des nullités de procédure, V. *infra* n° 226 et s.

¹⁴⁴ V. *infra* n° 144 et s.

¹⁴⁵ Ch. réun. 31 janv. 1888, S. 1889.I.241, note J.-E. L.

¹⁴⁶ Cass. crim., 12 juin 1952, *JCP* 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT ; S. 1954, I, 69, note A. LEGAL ; D. 1953, somm. p. 2 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 12, p. 179.

¹⁴⁷ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Paradigme, 2012, n° 80, p. 45. Le caractère relatif du principe de loyauté à l'endroit de la police se traduit par la distinction entre policier agissant dans le cadre de sa mission et policier victime. La jurisprudence considère que la loyauté probatoire s'impose aux policiers agissant dans le cadre de leur fonction. Lorsqu'un policier est victime d'une infraction, le principe de loyauté dans la recherche de la preuve est écarté. Le policier victime peut alors apporter une preuve obtenue illicitement. L'application différenciée de la loyauté probatoire prend sa source dans le régime probatoire des acteurs privés, lesquels disposent d'une grande liberté dans l'obtention et la production.

Cour de cassation commet une erreur¹⁴⁸ dans la mesure où la police judiciaire peut inciter les acteurs privés à faire ce qu'elle ne peut pas faire, puis accepter le dépôt des preuves ainsi frauduleusement obtenues¹⁴⁹. La contestation de la position de la jurisprudence repose sur le principe d'égalité, lequel interdit toute discrimination entre les personnes ; le fait de faire échapper les acteurs privés à l'application de la loyauté dans la recherche de la preuve pourrait apparaître comme une rupture d'égalité entre tous les collaborateurs de la procédure pénale. Cela étant, le principe d'égalité implique le traitement égalitaire des personnes placées dans des situations identiques. Transposée en matière probatoire, l'égalité implique l'imposition des mêmes règles, en l'occurrence la loyauté dans la recherche de la preuve à tous ceux qui collaborent à la procédure pénale.

La question demeure posée de savoir si tous les acteurs de la procédure sont placés dans la même situation. D'abord, il semble évident que la police judiciaire et les magistrats sont dans une situation identique, par conséquent, la loyauté devrait s'imposer sans aucune distinction à ces deux autorités. En revanche, la police judiciaire ne se trouve pas dans la même situation que les acteurs privés, car ces derniers disposent de pouvoirs moindres par rapport à celle-ci qui bénéficie des prérogatives coercitives facilitant l'obtention de la preuve de l'infraction. Le principe d'égalité ne se trouve pas méconnu. La police judiciaire et les acteurs privés ne disposent pas de moyens similaires pour atteindre le même objectif, à savoir l'obtention de la preuve nécessaire à l'établissement de la vérité¹⁵⁰.

43.- De surcroît, l'acception libérale de la liberté probatoire serait-elle la conséquence de la privatisation de la recherche de la preuve¹⁵¹ ? Il faut reconnaître que les acteurs privés acquièrent un rôle de plus en plus important dans la recherche de la preuve. Cela est en partie dû au fait que la loi sollicite de plus en plus leur concours. Ce concours se fait parfois sous contrainte. C'est ainsi que certains acteurs privés sont tenus à des obligations de déclaration de soupçons d'infractions, lesquelles s'accompagnent de sanctions en cas d'inexécution¹⁵². Il apparaît alors que les acteurs privés deviennent, au fil du temps, des agents « officiels » de détection des infractions. Ils sont des relais de l'institution judiciaire dans certains domaines

¹⁴⁸ PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Procédure pénale*, Sirey, 2013, n° 66, p. 41 et 42.

¹⁴⁹ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, 3^{ème} éd., PUF, 2001, p. 336.

¹⁵⁰ V. *infra* n° 151 et s.

¹⁵¹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245.

¹⁵² V. *infra* n° 330 et s.

d'activités. Ils se chargent, en cas de soupçon, d'informer les agents sur les éventuelles infractions. Cette collaboration est strictement encadrée.

C. Charge de la preuve

44.- Le principe de présomption d'innocence joue incontestablement le rôle de sauvegarde des libertés individuelles. Il se manifeste tout au long de la procédure pénale : de la phase de recherche de la preuve à la phase de jugement. Sa reconnaissance est très ancienne. Introduite dans le droit romain sous la formulation *in dubio pro reo*, la présomption d'innocence est aujourd'hui un principe internationalement consacré comme fondamental en procédure pénale¹⁵³. Cette affirmation est, pour certains, suffisante en ce sens que sa codification dans le droit interne n'a pas lieu d'être¹⁵⁴.

45.- La présomption d'innocence n'avait de support que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹⁵⁵. Cette proclamation sous la Révolution était faite en réaction contre l'Ancien régime, lequel usait de la torture comme moyen d'obtenir l'aveu de la personne. Puis le législateur est intervenu pour la codifier : d'abord dans le Code civil¹⁵⁶, puis dans le Code de procédure pénale¹⁵⁷. Bien avant cette codification, le Conseil constitutionnel avait reconnu au principe de la présomption d'innocence une valeur constitutionnelle¹⁵⁸.

La présomption d'innocence est aussi consacrée dans la plupart des textes internationaux. C'est le cas notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹⁵⁹, de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950¹⁶⁰ et du pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966¹⁶¹.

¹⁵³ A. DE RAULIN, « La présomption d'innocence en droit international : sur quelques évolutions récentes », in *La présomption d'innocence, Essais de philosophie pénale et de criminologie*, Editions Eska, 2004, p. 109 et s.

¹⁵⁴ J. PRADEL (dir.), *Les dispositions procédurales de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence-deux années d'application*, Cujas, 2003, p. 107 : « il n'est pas certain que, positivement, cet article (article préliminaire du code de procédure pénale) apporte grand chose puisque les normes qu'il énumère sont déjà inscrites dans le bloc de constitutionnalité et dans le droit européen qui, dans la hiérarchie des sources du droit, sont supérieurs à la loi ordinaire et donc au Code de procédure pénale ».

¹⁵⁵ L'article 9 dispose que « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ».

¹⁵⁶ Article 9-1 du Code civil issu de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence ».

¹⁵⁷ Article préliminaire du Code de procédure pénale issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 : « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ».

¹⁵⁸ Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC ; Cons. const. 8 juil. 1989, déc. n° 89-258 DC ; Cons. const. 2 févr. 1995, déc. n° 95-360 DC.

¹⁵⁹ Article 11-1 de la Déclaration.

Il résulte de ces divers instruments que toute personne poursuivie doit être traitée comme innocente tant que la preuve de sa culpabilité n'a pas été établie. De ce fait, le principe de la présomption d'innocence influence les règles de preuve mais cette influence s'avère limitée dans certains domaines.

46.- Puisqu'elle est présumée innocente, la personne mise en cause n'a pas à apporter la preuve de son innocence. La charge de la preuve incombe donc à l'accusation. Il appartient au demandeur et plus précisément au poursuivant de prouver la culpabilité de la personne mise en cause. La preuve doit effectivement renverser cette présomption¹⁶².

47.- La présomption que la personne mise en cause est innocente entraîne pour les autorités des poursuites l'obligation d'apporter, à l'appui de l'accusation, la preuve de l'existence des faits incriminés et de la culpabilité de la personne mise en cause¹⁶³. Plus précisément, les autorités de poursuites doivent établir que telle infraction a été réalisée et qu'elle est imputable à telle personne. La culpabilité ne peut être déclarée qu'en présence des éléments de preuves¹⁶⁴. S'il n'est pas convaincu de la force probante des preuves rapportées contre la personne mise en cause, le juge ne peut reconnaître sa culpabilité¹⁶⁵. La présomption d'innocence a pour corollaire le bénéfice du doute au profit de la personne mise en cause¹⁶⁶. La preuve rapportée a pour fonction d'éliminer le doute dans la conscience du juge¹⁶⁷. En cas de persistance d'incertitude sur la culpabilité, le juge doit prononcer une relaxe ou un acquittement¹⁶⁸.

¹⁶⁰ Article 6-2 de la Convention.

¹⁶¹ Article 14-7 du Pacte.

¹⁶² P.-H. BOLLE, « Origine et destin d'une institution menacée : la présomption d'innocence », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*. Cujas, 2006, p. 47 ; S. DETRAZ, « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pén.* 2004, chron. n° 3.

¹⁶³ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Infractions contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 101 ; C. AMBOISE-CASTEROT, « Présomption d'innocence », *Rép. pén. Dalloz* 2003 ; R. BADINTER, « La présomption d'innocence, histoire et modernité », in *Mélanges CATALA*, Paris, 2001, p. 133 ; J.-R. FARTHOUAT, « La présomption d'innocence », *Justices* 1998, p. 53.

¹⁶⁴ P. AUVRET, « Le droit au respect de la présomption d'innocence », *JCP* 1994, I, 3802.

¹⁶⁵ C. SAMET, « La présomption d'innocence et le juge aujourd'hui », in *La présomption d'innocence, Essais de philosophie pénale et de criminologie*. Editions Eska, 2004, p. 129.

¹⁶⁶ Article 304 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁷ J.-M. COULON, « La conscience du juge aujourd'hui », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), PUF, 1999, p. 337.

¹⁶⁸ J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Editions Panthéon Assas, 2003, n° 293, p. 321 ; C. TOURNIER, *L'intime conviction du juge*, PUAM, 2003, n° 285, p. 257 et s.

48.- *A priori* la personne mise en cause n'est pas tenue de collaborer à la recherche des preuves, sa participation reste facultative. Aucune contrainte ne peut être exercée à son encontre : elle est libre d'embrasser une attitude active ou passive¹⁶⁹. Ce libre choix quant au comportement à adopter dans le recueil de la preuve résulte des manifestations externes de la présomption d'innocence. En vertu de celles-ci, toute personne mise en cause bénéficie du droit au silence et de celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ces droits ont pour supports la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁰. Dans le cadre d'enquête en droit français¹⁷¹, les policiers doivent désormais notifier à la personne mise en cause son droit de se taire dès le début de la garde à vue. Celle-ci peut librement décider de s'expliquer sans aucune pression¹⁷².

49.- La logique voudrait que les policiers ne tirent du silence de la personne aucune conséquence défavorable. C'est oublier que le juge bénéficie de l'intime conviction qui lui permet d'apprécier librement les éléments de preuve qui lui sont apportés¹⁷³. Il peut alors décider, malgré le silence de la personne, de tirer des conséquences défavorables de ce silence en présence des charges écrasantes. Dès lors, le droit de se taire ne constitue véritablement une protection qu'en l'absence d'éléments de preuve suffisants à emporter la conviction. En dehors de ce cas, il vaut mieux pour la personne de collaborer afin de dissiper tout soupçon à son encontre.

50.- La présomption d'innocence permet de protéger la personne mise en cause contre « une coercition abusive de la part de l'autorité publique », et est censée également permettre d'éviter les erreurs judiciaires. Nul ne peut être condamné sans preuve et sans jugement¹⁷⁴. De là, une certaine vigilance s'impose aux acteurs de la procédure pénale dans le traitement de la personne mise en cause qui ne doit pas être traitée comme coupable mais comme innocente¹⁷⁵. Toutefois, dans des domaines où la preuve demeure difficile à obtenir, aussi bien le législateur

¹⁶⁹ W. JEANDIDIER, « La présomption d'innocence et le poids des mots », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 49.

¹⁷⁰ D. ROETS, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour EDH », *AJ Pén.* 2008, p. 119.

¹⁷¹ Le droit au silence a été introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence, puis supprimé par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, finalement rétabli par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011.

¹⁷² Article 63-1, 3° du Code de procédure pénale.

¹⁷³ J. ZOLLINGER, *L'intime conviction du juge dans l'innocence*, Travaux de l'Institut de criminologie de Paris, 1977, p. 33.

¹⁷⁴ J. LE CALVEZ, « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 1988. 2, doct. p. 681 et s.

¹⁷⁵ B. BOULOC, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 464.

que la jurisprudence restreint la portée de la présomption d'innocence dans les règles de preuve.

51.- La relativisation de la présomption d'innocence résulte, en matière de preuve, d'existence des présomptions lesquelles renversent la charge de la preuve¹⁷⁶. L'enquête policière se trouve facilitée ; la culpabilité étant présumée, il appartient à la personne mise en cause d'apporter la preuve contraire. A défaut, l'existence de l'élément matériel suffit à reconnaître la culpabilité de la personne mise en cause. Ainsi, la tâche des policiers ne consiste plus à rechercher la preuve décisive susceptible d'emporter la conviction.

52.- Initialement, il n'existait qu'une forme de présomption qualifiée de légale car prévue par la loi. Instituées au profit des investigations, les présomptions légales servent à lutter contre les obstacles souvent insurmontables du fait de la singularité de certaines infractions¹⁷⁷. C'est ainsi que la loi assimile au proxénétisme le fait « de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution »¹⁷⁸. Du fait de la clandestinité du proxénétisme, le poursuivant se trouve dispensé de l'obligation de prouver la participation du mis en cause à des activités caractérisant le proxénétisme. Il suffit que l'enquête fasse apparaître que la personne mise en cause fréquente une ou plusieurs prostituées et mène un train de vie au dessus de ses ressources légalement connues pour exiger sa justification.

53.- La présomption de culpabilité n'est pas irréfragable, en ce sens elle n'est pas absolue. Il est laissé à la personne mise en cause la possibilité de la combattre par tout moyen. La justification des revenus en matière de proxénétisme suffit à faire apparaître que le mis en cause n'a aucun lien, malgré sa fréquentation des prostituées, avec les activités de proxénétisme. Seule l'impossibilité de justifier de ressources correspondant à son train vie alors que la personne mise en cause fréquente régulièrement des prostituées fait présumer l'infraction de proxénétisme. En d'autres termes, « l'absence de ressources avouables fait présumer que le prévenu vit du partage des recettes de la prostitution d'autrui »¹⁷⁹.

¹⁷⁶ J. BUISSON, « Les présomptions de culpabilité », *Procédures* déc. 1999, chron. 15.

¹⁷⁷ R. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, Thèse, Nancy, 1968, p. 78 et s.

¹⁷⁸ Article 225-6 du Code pénal.

¹⁷⁹ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Infractions contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 102.

54.- Une construction similaire permet d'incriminer « le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions »¹⁸⁰. Il n'est pas question de sanctionner la proximité d'une personne avec des individus soupçonnés de commettre des crimes ou délits, mais la fréquentation de ces derniers n'est sanctionnée que si la personne se trouve, une fois encore, dans l'impossibilité de justifier ses ressources ou l'origine de ses biens. Ce raisonnement suppose que le simple fait de côtoyer des auteurs des crimes ou délits est susceptible de retirer un profit ou bénéfice et de constituer un recel. Il suffit pour la personne mise en cause, pour combattre cette présomption, d'apporter la preuve contraire, c'est-à-dire établissant la régularité de sa situation¹⁸¹. L'objectif clairement affiché est de dissuader la participation des personnes à une organisation délictuelle ou criminelle. La relation entretenue avec des auteurs des crimes ou délits doit rester en l'état amical et ne doit pas dépasser ce cadre. Le dépassement se déduit du profit ou bénéfice tiré de cette relation. Par cette manœuvre, la personne intègre ou participe au processus délictuel ou criminel. Dans ce cas, il serait inapproprié d'appréhender les auteurs des crimes ou délits et d'épargner ceux qui auraient facilité et tiré profit ou bénéfice.

55.- La dérogation à la présomption d'innocence ne se cantonne pas seulement aux dispositions contenues dans le Code pénal. L'utilité du renversement de la charge de la preuve est reconnue dans la plupart des Codes. Ainsi, en matière douanière il est posé une présomption d'introduction frauduleuse des marchandises saisies dans le rayon douanier sans titre de circulation valable ou lorsqu'elles ont dépassé le bureau de passage sans déclaration ou sont dépourvues des documents nécessaires ou sont trouvées dans la zone du rayon en infraction à l'obligation de déclaration¹⁸². La personne mise en cause peut apporter la preuve

¹⁸⁰ Article 321-6 du Code pénal.

¹⁸¹ Statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité transmise par un jugement du tribunal correctionnel de Créteil, en date du 31 octobre 2011, portant sur le fait de savoir si l'article 321-6 du Code pénal porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines et de la présomption d'innocence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les dispositions contestées ne sont pas applicables à la procédure, dès lors que le prévenu, détenu en raison de l'instance, a été jugé par la même décision, conformément à l'article 23-3 alinéa 2, de la loi organique du 10 décembre 2009 et que le jugement est définitif ; d'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel : Cass. crim., 25 janv. 2012, n° 11-90117.

¹⁸² Article 418 du Code des douanes.

de sa bonne foi en démontrant l'origine licite des marchandises importées¹⁸³. Tel est aussi le cas en matière routière où est présumé comme responsable des infractions à la réglementation au Code de la route le propriétaire du véhicule¹⁸⁴. Ce dernier est responsable pécuniairement¹⁸⁵ sauf s'il démontre qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction¹⁸⁶. Aussi en matière du travail, l'infraction de travail dissimulé est présumé, sauf preuve contraire, lorsque l'activité en cause est accomplie avec recours à la publicité en vue de la recherche de la clientèle ou que sa fréquence ou son importance est établie ou encore que la facturation est absente ou frauduleuse ou, enfin, que, s'agissant d'une activité artisanale, elle est exécutée avec un matériel ou un outillage présentant par sa nature ou son importance un caractère professionnel¹⁸⁷. La tâche des policiers consiste simplement à « caractériser l'un de ces éléments pour que le mis en cause doive ensuite, devant la justice, rapporter la preuve contraire de l'absence de travail dissimulé »¹⁸⁸. Enfin, en matière de la presse l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 répute faite de mauvaise foi toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire. La personne mise en cause peut combattre cette présomption d'existence de l'élément moral en rapportant la preuve de sa bonne foi¹⁸⁹.

56.- A côté de ces présomptions légales, la jurisprudence a développé des présomptions de fait. Celles-ci se caractérisent par la présomption de l'élément moral à partir de l'établissement de l'élément matériel¹⁹⁰. L'infraction existe dès la caractérisation de l'élément matériel : l'élément moral se déduit de ce dernier. Il s'agit d'une présomption simple contre laquelle la personne mise en cause peut démontrer l'absence de l'élément moral. Tels sont les traits de la diffamation et injure¹⁹¹, de la contrefaçon¹⁹² où l'existence de l'infraction repose sur la démonstration de l'élément matériel.

¹⁸³ Cass. crim., 16 mars 1989, *D.* 1989, p. 515.

¹⁸⁴ Articles L. 121-2 à L. 121-3 du Code de la route.

¹⁸⁵ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé qu'il s'agit d'une responsabilité pécuniaire et non pénale : Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-85587 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 32, note ROBERT.

¹⁸⁶ Cass. crim., 10 déc. 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. 32, note ROBERT ; Cass. crim., 6 sept. 2006, n° 05-86.760 ; *Dr. pén.* 2007, chron. 2, note GAUVIN.

¹⁸⁷ Article L. 8221-4 du Code du travail.

¹⁸⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 515, p. 442.

¹⁸⁹ Cass. crim., 16 mars 1993, Bull. crim., n° 115.

¹⁹⁰ B. BOULOC, « Présomptions d'innocence et droit pénal des affaires », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 467.

¹⁹¹ Cass. crim., 27 oct. 1938, *D.* 1939, 1, 77, note P. MIMIN ; Cass. crim., 16 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1972, 2, 424, note J.-P. D. ; Cass. crim., 26 nov. 1991, Bull. crim., n° 438 ; Cass. crim., 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 2220.

¹⁹² Cass. crim., 28 févr. 1956, *JCP* 1956, II, 9520 ; Cass. crim., 5 mai 1981, *D.* 1982, inf. rap., p. 48. V. aussi S. DURRANDE, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal », *D.* 1999, chron. p. 319.

57.- En tout état de cause, ces présomptions portent atteinte au principe de présomption d'innocence reconnu tant au niveau national qu'international. Elles devraient alors être déclarées incompatibles par les autorités compétentes. Pourtant la situation est tout autre. Saisie de la question, le Conseil constitutionnel a reconnu la compatibilité des présomptions avec la Constitution en affirmant qu'« en principe, le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que toutefois de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elle ne revêtent un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »¹⁹³. Le Conseil constitutionnel admet, dans certaines matières, qu'il puisse être porté atteinte à la présomption d'innocence lorsque la culpabilité est vraisemblable. Toutefois, les présomptions ne doivent pas être irréfragables, c'est-à-dire qu'il doit y avoir possibilité pour la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire et les droits de la défense doivent être totalement respectés. La personne mise en cause doit être en mesure de se défendre.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme admet la conventionnalité de ces présomptions au motif que « tout système connaît des présomptions de fait ou de droit ; la Convention n'y met pas obstacle en principe, mais en matière pénale, elle oblige les Etats contractants à ne pas dépasser des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »¹⁹⁴. L'admission de ces présomptions par la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas être générale, c'est-à-dire susceptible de s'appliquer à toutes les matières. La Cour européenne des droits de l'homme laisse entendre que les présomptions ne se justifient que dans certaines conditions, et les droits de la défense ne sauraient être occultés de telle sorte que la personne mise en cause doit pouvoir se défendre.

Pour sa part la Chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une solution identique à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a successivement affirmé que, en matière douanière, l'article 6-2 de la Convention européenne ne met pas obstacle aux présomptions de fait ou de droit instituées en matière pénale, dès lors que lesdites

¹⁹³ Décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *JO* 19 juin 1999, p. 9018 ; Y. MAYAUX, *D.* 1999, 589 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *JCP* 2000, I, 201.

¹⁹⁴ CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, Série A, n° 141-A, § 28 ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Sirey, 2011, n° 121, p. 337.

présomptions, comme celle de l'article 418 du Code des douanes et celle de l'article L. 121-2 du Code de la route, prennent en compte la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense, la loi n'ayant pas d'ailleurs pour objet de limiter les modes de preuve prévus par la loi interne¹⁹⁵.

58.- Cette relativité effective s'étend désormais au niveau international. L'article 5 ch. 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotiques du 19 décembre 1988 dispose que « chaque partie peut envisager de renverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine licite des produits présumés ou autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où cela est conforme aux principes de son droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures ».

D. Vérité et conviction

59.- Il est affirmé que la preuve tend à créer une conviction, laquelle est tout à la fois un terme « préférable à celui de la vérité et un procédé ou un ensemble de procédés à vérifier si tel fait ou telle assertion est ou non conforme aux données qu'à un certain moment on tient pour certaines »¹⁹⁶. De ce fait, la preuve n'a qu'une simple force de persuasion. L'objectif du procès pénal n'étant pas la vérité mais la détermination de la conviction du juge¹⁹⁷. Cela explique que la preuve participe à « la légitimité de la justice et du degré d'adhésion qu'elle cherche à rencontrer, aussi bien chez les parties au procès que dans l'opinion »¹⁹⁸. La conviction n'est que « la base évidente de la vérité et non la vérité elle-même »¹⁹⁹, laquelle porte sur un fait²⁰⁰. C'est donc en grande partie la conscience personnelle du juge qui accorde ou non un crédit aux éléments probatoires produits devant lui. Dès lors, la vérité judiciaire ne serait que la vérité personnelle du juge. La décision judiciaire traduit simplement la position du juge sur le fait qui lui est soumis. Toutefois, la certitude judiciaire ne s'acquiert pas de façon arbitraire : le juge doit déterminer sa conviction en présence des éléments de preuve.

¹⁹⁵ Cass. crim., 30 janv. 1989, Bull. crim., n° 33 ; Cass. crim., 10 févr. 1992, Bull. crim., n° 62.

¹⁹⁶ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Lib. M. Rivière, Paris, 1964, p. 21.

¹⁹⁷ PH. THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* n° 23, 1996, p. 48.

¹⁹⁸ F. DEFFERARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 179.

¹⁹⁹ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Tome IV, 2^{ème} éd., Plon, Paris, 1866, n° 1759, p. 324 : « si la certitude est la base évidente de la vérité, elle n'est pas la vérité elle-même ».

²⁰⁰ X. LAGARDE, « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP* 2005, I, 133, n° 1 : « s'il faut convaincre le juge, c'est tout de même de la vérité d'un fait ».

Ainsi, la preuve est l'élément déterminant pour la certitude du juge. Le juge s'appuie sur les éléments probatoires produits pour adhérer à l'une des thèses des parties. Il importe peu que l'objet du procès soit moins la vérité que la conviction, l'une ou l'autre ne peut s'établir qu'en présence de la preuve.

60.- La preuve revêt une importance toute particulière dans la mesure où elle constitue le soutien indispensable à la culpabilité ou à l'innocence d'une personne²⁰¹. C'est pourquoi la question de la preuve innerve toute la procédure pénale : de la phase d'enquête à la phase du jugement. C'est donc « autour de la preuve que gravite toute la procédure pénale »²⁰². Depuis la constatation d'une infraction jusqu'au jugement de son auteur, toute la procédure pénale est articulée autour de la question cardinale de la preuve²⁰³.

61.- La certitude judiciaire trouve son fondement dans les dispositions du Code de procédure pénale tant en ce qui concerne les juridictions d'instruction²⁰⁴ que celles de jugement²⁰⁵. Si l'expression de la vérité judiciaire n'apparaît que lors de la phase de jugement, en réalité, sa recherche débute dès la phase d'enquête²⁰⁶.

La police judiciaire ne saurait imputer la commission d'une infraction à n'importe quelle personne. Elle doit, pour ce faire, détenir la preuve de ses allégations. L'absence de preuve positive fait obstacle à des poursuites et à l'application de sanctions²⁰⁷. En cas de commission d'infractions, le travail de la police judiciaire consiste essentiellement à rechercher la preuve.

62.- Contrairement à la vérité religieuse, la vérité judiciaire n'est pas une vérité révélée²⁰⁸. Le juge doit découvrir la vérité en se basant sur les éléments de preuve qui lui sont apportés. Et cette vérité de jugement ne devient définitive qu'après épuisement ou abandon de toutes les

²⁰¹ F. DEFFERARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 178 : « c'est elle (la preuve) qui, devant le juge de jugement, soumise aux rigueurs, mais également aux aléas de l'intime conviction, conduira enfin à déclarer la culpabilité ou, à l'inverse, à reconnaître l'innocence ».

²⁰² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 120, p. 151.

²⁰³ D. THOMAS (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives comparées*, 2004, p. 4.

²⁰⁴ Articles 81, 82, 82-1, 94, 97, 99, 99-2, 100-5, 144-1, 175-2, 189 et 221-1 du Code de procédure pénale.

²⁰⁵ Articles 310, 446 et 456 du Code de procédure pénale.

²⁰⁶ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 6, p. 21 : « si la manifestation de la vérité est l'objectif commun aux phases d'enquête, d'instruction préparatoire ou à l'audience, le contenu de la notion est quant à lui différent si l'on songe que la certitude policière n'est pas la conviction judiciaire et que la marge qui les sépare est précisément celle de l'Etat de droit ».

²⁰⁷ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 155 : « sans preuve en effet, pas d'imputabilité et pas d'application d'une sanction ».

²⁰⁸ P. LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges SAVATIER*, Dalloz, Paris, 1965, p. 584.

voies de recours. Tant qu'elle n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée, la décision judiciaire peut être contestée²⁰⁹. L'incertitude sur la décision judiciaire finale fait de la vérité judiciaire une vérité relative²¹⁰, laquelle ne s'impose pas de manière automatique, ni ne s'applique de façon uniforme. Les mêmes faits peuvent recevoir des interprétations divergentes selon les juridictions, alors que la vérité absolue est connue de tous et ne peut recevoir aucune modification voire contestation.

63.- La vérité judiciaire est une vérité relative dans la mesure où le juge n'est pas totalement libre dans la construction de sa conviction²¹¹. Le processus devant conduire à la vérité judiciaire est dicté par les textes²¹². Ainsi, La vérité judiciaire ne peut être établie qu'après un débat contradictoire, là où une véritable confrontation doit être engagée entre les parties. Ce n'est qu'à l'issue de la discussion des éléments de preuve que le juge peut établir sa vérité²¹³. L'intime conviction ne signifie nullement que le juge peut condamner, en l'absence de preuve, sur le seul fondement de son intime conviction de la culpabilité du mis en cause²¹⁴. Cela signifie que la conviction du juge doit se fonder sur un élément de preuve convaincant ; à défaut l'intime conviction se trouve neutralisée. Le juge ne saurait condamner sans preuve²¹⁵. Ainsi donc, l'intime conviction du juge ne joue qu'en présence de preuves afin sinon d'éviter, du moins de limiter l'arbitraire judiciaire²¹⁶.

64.- Aussi, le juge ne peut déterminer sa conviction que sur les seuls éléments qui ont été présentés et discutés par les parties. Le processus pénal impose la détermination de la conviction sur les éléments soumis au débat contradictoire. Il est exclu que le juge fonde sa conviction sur des éléments extérieurs. La vérité judiciaire ne s'établit pas à n'importe quel prix, l'intime conviction n'est pas synonyme de jugement sans preuve²¹⁷. Dès lors, la vérité

²⁰⁹ Y. MULLER, « L'idéal de vérité dans le procès pénal », in *Mélanges ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 542.

²¹⁰ G. LEVASSEUR, « Le droit de la preuve en droit pénal français », in *La preuve en droit*, Etudes publiées par CH. PERELMAN et P. FORIES, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 179 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, L.G.D.J., 2010, n° 2, p. 2 ; E. RUDE-ANTOINE, *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, PUF, 2007, n° 3.3, p. 392 ; P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Litec, Paris, 1986, spé. p. 21.

²¹¹ N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, doct. p. 195.

²¹² J.-M. LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », in *Vérité historique, vérité judiciaire*, J.-P. LE GROMET et J.-C MARTIN (dir.), L.G.D.J., Droit et société, 1998, n°38, p. 23.

²¹³ A. FABRI et CH. GUERY, « La vérité dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.* 209, p. 343.

²¹⁴ M. DELMAS-MARTY, *La preuve pénale*, Droits, PUF, 1996, p. 60.

²¹⁵ E. MATHIAS, *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., Bréal, 2011, p. 36.

²¹⁶ PH. CONTE, « L'arbitraire judiciaire: chronique d'humeur », *JCP* 1988, I, 3343.

²¹⁷ E. MATHIAS, *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., Bréal, 2011, p. 36.

judiciaire n'est que la simple traduction d'un certain degré de certitude du juge²¹⁸ et non de la vérité. La vérité judiciaire est une adhésion du juge à l'une des thèses développées par les parties après l'interrogation de sa conscience, de son for intérieur²¹⁹. Dès lors qu'elle est source d'imperfection, la vérité judiciaire ne saurait se voir attacher, comme certains ont pu l'affirmer²²⁰, la notion « d'absolue ».

65.- Ce rituel judiciaire semble mis à mal par les procédures simplifiées²²¹ dont la formation de la conviction réside principalement dans la reconnaissance initiale de la culpabilité de la personne mise en cause²²². En effet, la composition pénale²²³ et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité²²⁴ ne peuvent être mises en œuvre que si la personne reconnaît préalablement les faits²²⁵. La vérité « judiciaire » tend désormais à reposer sur l'aveu²²⁶. Le juge est alors dispensé de jouer un rôle actif dans la recherche de la preuve. Pourtant, théoriquement, l'aveu constitue un élément de preuve parmi d'autres. Il ne peut se suffire à lui-même pour entrer en condamnation²²⁷. Même s'il est particulièrement recherché, l'aveu ne vient que compléter les éléments de preuve déjà en la possession de l'autorité de poursuites pour renforcer la conviction de culpabilité. Précisons toutefois que, même si en vertu du principe d'intime conviction le juge peut décider de s'appuyer sur un élément de preuve ou de le déclarer insuffisant pour déterminer sa conviction²²⁸, l'aveu doit nécessairement s'accompagner d'autres éléments de preuves pour fonder la culpabilité ou l'innocence d'une personne. Pourtant, avec les procédures simplifiées, la recherche probatoire semble uniquement se reposer sur l'aveu de la personne mise en cause²²⁹. De ce point de vue, l'aveu redevient la « reine » des preuves puisque son obtention suffit à sceller le sort de la

²¹⁸ H. BEKAERT, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruylant, Bruxelles, 1972, p. 14 ; P. HEBRAUD, « La vérité dans le procès, et les pouvoirs d'office du juge », *Ann. Univ. Toulouse*, T. 26, Le juge et la vérité, 1978, p. 379 ; PH. THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, n° 23, p. 48.

²¹⁹ S. COTTA, « La question de la vérité du jugement », in *Mélanges TERRE. L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, Paris, 1999, p. 39.

²²⁰ J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980, n° 124, p. 179.

²²¹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, L.G.D.J., 2009, n° 524, p. 369.

²²² C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, étude de transformation de jugement pénal*, Thèse, Paris X, 2010, n° 273, p. 303.

²²³ Article 41-2 du Code de procédure pénale.

²²⁴ Article 495-7 du Code de procédure pénale.

²²⁵ Articles 41-2 et 495-7 du Code de procédure pénale.

²²⁶ C. AMBOISE-CASTEROT, « Aveu », *Rép. pén. Dalloz*, 2004, spéc. n° 85.

²²⁷ Article 428 du Code de procédure pénale.

²²⁸ Article 427 du Code de procédure pénale.

²²⁹ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., n° 389, p. 253 : « c'est donc en grande partie l'aveu de l'agent qui rend la situation singulière ».

personne poursuivie²³⁰. Le renouveau de l'aveu transforme ainsi le processus pénal²³¹. C'est le passage de la découverte judiciaire de la vérité à la reconnaissance personnelle de culpabilité.

66.- Le juge n'est plus tenu de rechercher la vérité mais de se contenter de la vérité de l'auteur des faits. Il s'agit, en réalité, d'une vérité consentie²³². Le ministère public et le mis en cause s'entendent sur la version définitive des faits. En effet, le magistrat compétent ne peut se satisfaire de la seule version des faits de la personne mise en cause. Dans son intérêt, le mis en cause se livrerait à une version des faits partielle voire inexacte pour bénéficier de l'indulgence du magistrat compétent. Pour éviter une telle situation, le ministère public propose sa « vérité » à la personne mise en cause qui, normalement, y adhère ou non. S'il ne trouve aucun avantage à cautionner cette version des faits, le mis en cause s'opposerait systématiquement. Ce qui explique qu'un compromis s'avère nécessaire pour sceller un accord²³³. Le représentant du parquet pourrait occulter volontairement la commission de certains faits²³⁴. Ainsi, faire reposer la vérité judiciaire sur un compromis et non sur la version réelle des faits traduit incontestablement un changement de paradigme²³⁵. Même si le juge intervient pour valider ou homologuer l'accord trouvé entre le ministère public et la personne mise en cause, aucune discussion des éléments de preuve n'est prévue devant lui. Ce défaut de contradiction trouve sa justification dans la particularité des procédures simplifiées. La conviction, dans ces procédures, se forme dès la phase de poursuites ; il apparaît alors inutile de maintenir un débat sur les éléments de preuve lors de la phase de la présentation au juge de l'accord trouvé. Dès lors, le principe de l'intime conviction ne s'applique que dans le cadre du procès pénal traditionnel et se trouve inexistant dans le cadre des procédures simplifiées.

67.- Dès lors qu'il est possible de transiger avec la vérité, le rôle du juge se trouve amoindri dans les procédures simplifiées. Il n'est plus chargé d'établir la vérité, mais de ratifier ou non

²³⁰ R. DULONG (dir.), *L'aveu ; Histoire, Sociologie, philosophie*, PUF, 2001, p. 6 et s.

²³¹ J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ?*, Société de législation comparée, 2008.

²³² C. SAAS, « Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ? », in *Vers un nouveau procès pénal ?* J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), Société de législation comparée, 2008, p. 57 ; B. PEREIRA, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041.

²³³ M. BENILLOUCHE, « Le plaidoyer de culpabilité. A la recherche d'une vérité judiciaire négociée », in *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, E. RUDE-ANTOINE (dir.), PUF, 2007, p. 248 et s.

²³⁴ Telle est notamment la situation aux Etats-Unis où l'autorité de poursuites peut être conduite, pour obtenir l'assentiment du mis en cause, à renoncer à certains faits ou ne pas poursuivre certaines personnes membres de la famille du mis en cause.

²³⁵ E. MATHIAS, « Alternatives consensuelles : leurres et travers de la répression volontaire », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2006, n° 245, p. 2.

la vérité « révélée » par le ministère public et la personne mise en cause. Le juge apparaît comme la caution du respect « *a minima* » de la séparation de fonctions de poursuites et de jugement. C'est même sa principale raison d'être. L'exercice de son pouvoir se résume à un faible droit de regard sur la réalité de l'accord intervenu entre le représentant du parquet et la personne mise en cause²³⁶. Par le cantonnement de la mission du juge, il apparaît alors, dès le départ, que la vérité n'est pas l'objectif recherché dans les procédures simplifiées. La finalité essentielle de ces dernières est d'assurer, à travers l'aveu de la personne, la célérité procédurale²³⁷.

68.- Reste que dans le processus pénal traditionnel, la loi peut neutraliser la libre appréciation des éléments de preuve en prédéterminant leur force probante²³⁸. *A priori*, les procès-verbaux réguliers²³⁹ ne valent que comme simple renseignement²⁴⁰. Ils constituent des éléments de preuve comme les autres et, à ce titre, leur appréciation reste soumise à l'intime conviction du juge. Ce dernier peut alors écarter un procès-verbal ou s'appuyer sur lui pour fonder sa décision. Cela étant, cette appréciation libre du procès-verbal ne peut s'effectuer que si la loi n'en dispose pas autrement. Il peut arriver que la loi prédétermine la force probante de certains procès-verbaux.

69.- Les procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire²⁴¹ lient le juge aux constatations matérielles effectuées tant qu'une preuve contraire n'a pas été rapportée. Il ne s'agit pas de n'importe quelle preuve contraire car la loi exige, pour renverser cette présomption, un écrit ou une preuve testimoniale²⁴². Face à un tel procès-verbal, aucune liberté d'appréciation n'est accordée au juge. La conviction se trouve encadrée par les prescriptions légales. A titre d'exemple, les procès-verbaux en matière douanière²⁴³, de pêche²⁴⁴, fiscale²⁴⁵, de circulation

²³⁶ A. MIHMAN, *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008, n° 191, p. 224 ; C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827.

²³⁷ F. DE MELO E SILVA, « La preuve dans les procédures simplifiées », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 291 ; PRADEL, « La célérité et les temps du procès pénal », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Paris, Dalloz, p. 265.

²³⁸ J. BUISSON, « Les limites de l'intime conviction du juge répressif », *Procédures* 2000, chron. 6.

²³⁹ Article 429 du Code de procédure pénale.

²⁴⁰ Article 430 du Code de procédure pénale.

²⁴¹ Article 537 du Code de procédure pénale.

²⁴² Article 431 du Code de procédure pénale.

²⁴³ Article 336 du Code des douanes. Lorsqu'il est établi par un seul agent, le procès-verbal vaut preuve jusqu'à preuve contraire.

²⁴⁴ Article 237-4 du Code rural et article 122-7 du Code forestier.

²⁴⁵ Article 238 du Livre des procédures fiscales.

routière²⁴⁶, de chasse²⁴⁷, de concurrence²⁴⁸, de police des chemins de fer²⁴⁹ ou de droit du travail²⁵⁰ font foi jusqu'à preuve contraire. Le juge est tenu de fonder sa décision sur ces procès-verbaux et il ne peut les écarter ou se fonder sur d'autres éléments. Seule la preuve contraire prévue par la loi est susceptible de renverser cette présomption. Les simples dénégations ou indices ne peuvent nullement renverser une telle présomption.

D'autres procès-verbaux font foi jusqu'à inscription de faux²⁵¹. Une fois encore, le juge se trouve lié par les constatations matérielles énoncées dans ces procès-verbaux. La preuve contraire ne peut être rapportée par écrit ou par témoin. Seule la procédure de l'inscription de faux permettant d'établir que le rédacteur est un faussaire, est susceptible de renverser cette force probante prédéfinie²⁵². A défaut d'une telle procédure, la valeur probante légalement prédéterminée s'impose au juge qui voit sa liberté d'appréciation écartée. Il en est ainsi des délits forestiers²⁵³, de pêche fluviale²⁵⁴ ou encore en matière douanière²⁵⁵.

70.- En tout état de cause, ces procès-verbaux ne bénéficient d'une force particulière que lorsqu'ils sont réguliers, c'est-à-dire respectant les prescriptions légales. En cas d'irrégularité, aucun renseignement ne peut être exploité²⁵⁶. Dans ce cas, le juge retrouve sa libre appréciation de la preuve : il peut ainsi fonder sa conviction sur d'autres éléments de preuve.

71.- La réflexion portant sur l'obtention de la preuve par la police judiciaire conduit à poser la question de l'encadrement juridique et du niveau de l'encadrement de son obtention. La recherche de la preuve se trouve d'abord être gouvernée par le principe de la légalité. La police judiciaire ne peut apporter une preuve obtenue en dehors des limites fixées par la loi. La légalité tend aussi à concilier les moyens d'investigation avec les droits de la personne. De là, elle apparaît comme un mécanisme de protection des libertés individuelles.

²⁴⁶ Article R. 253 du Code de la route.

²⁴⁷ Article L. 228-27 du Code rural.

²⁴⁸ Article 46 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

²⁴⁹ Article 23 de la loi du 15 juillet 1845.

²⁵⁰ Article L. 8113-7 du Code du travail.

²⁵¹ Article 433 du Code de procédure pénale.

²⁵² Article 642 et suivants du Code de procédure pénale.

²⁵³ Articles 342-4 et 342-5 du Code forestier. Le procès-verbal vaut jusqu'à inscription de faux s'il est établi par deux agents.

²⁵⁴ Article L. 237-4 du Code rural. Le procès-verbal vaut jusqu'à inscription de faux lorsqu'il est établi par deux agents.

²⁵⁵ Article 336 du Code des douanes.

²⁵⁶ Cass. crim., 6 nov. 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 1, 107.

72.- Jusqu'alors, la recherche de la conciliation entre les nécessités probatoires et la protection des droits et libertés des citoyens imprégnait toute la procédure pénale. Or, depuis quelques temps, ces deux impératifs sont confrontés avec une grande acuité dans les procédures dérogatoires au droit commun. Certaines infractions considérées comme graves et/ou complexes sont soumises à une procédure spéciale ayant pour caractéristique la facilitation de l'obtention de la preuve et la diminution des libertés individuelles. Toutefois, à l'heure actuelle, il est à observer une généralisation progressive des procédures dérogatoires, lesquelles s'étendent peu à peu aux infractions d'une gravité moindre. Le principe de la légalité probatoire, exprimant la nécessaire conciliation entre la poursuite des infractions et les droits fondamentaux de la personne humaine (PREMIERE PARTIE), se trouve affaibli par le principe de proportionnalité entre la gravité et/ou la complexité de l'infraction et les moyens employés dans la recherche de la preuve par la Police judiciaire (SECONDE PARTIE).

**PREMIERE PARTIE LA RELATIVITE DU PRINCIPE DE LA
LEGALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE PAR LA
POLICE JUDICIAIRE**

73.- La police judiciaire joue un rôle fondamental dans la chaîne pénale. Elle a pour mission de constater les infractions pénales et de procéder aux investigations nécessaires à la manifestation de la vérité²⁵⁷. Le recueil de la preuve ne peut se faire par n'importe quel moyen : il est encadré par le principe de la légalité²⁵⁸. A l'inverse de la légalité des délits et des peines selon lequel tout ce qui n'est pas prohibé est autorisé, la légalité dans la recherche de la preuve est guidée par la règle selon laquelle tout ce qui n'est pas autorisé est interdit²⁵⁹. La loi réglemente les moyens permettant à la police judiciaire d'obtenir la preuve. Il incombe donc à la police judiciaire de rechercher la preuve par l'utilisation de moyens conformes au droit. De cette conformité dépend sa recevabilité devant le juge.

74.- La mise en place des mécanismes de contrôle s'avère indispensable. D'abord en amont du procès, la légalité s'exprime à travers un cadre législatif précis²⁶⁰. Puis lors du procès, le juge a la possibilité de frapper de nullité une preuve obtenue de manière illégale. Il est à noter que rares sont les cas où le juge exerce ce pouvoir. Le juge est souvent réticent à exercer un tel pouvoir, susceptible de contraindre la police judiciaire à recommencer à zero ses investigations²⁶¹. Aussi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation comme la Cour européenne des droits de l'homme admettent parfois des preuves illégales dès lors les preuves ont été débattues contradictoirement²⁶² pour la première et le procès revêt dans son ensemble un caractère équitable pour la seconde²⁶³.

75.- En outre, l'évolution de la criminalité met à mal la légalité. L'utilisation des moyens les plus sophistiqués par certains individus a des répercussions sur les mesures d'investigation policières. La loi légalise désormais les enquêtes officieuses²⁶⁴. Ces enquêtes, autrefois utilisées sans aucun contrôle sont dorénavant encadrées. La jurisprudence elle aussi relative la légalité, laquelle ne s'impose qu'aux autorités publiques et plus particulièrement à la police

²⁵⁷ Article 14 du Code de procédure pénale.

²⁵⁸ J. BUISSON, « La légalité dans l'administration de la preuve », *Procédures* 1998, chron. n° 14, p. 3.

²⁵⁹ PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Procédure pénale*, Sirey, 2013, p. 42.

²⁶⁰ E. VERGES, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec, 2011, n° 107, p. 80.

²⁶¹ H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve : aspects actuels en France », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 17.

²⁶² Cass. crim., 28 avr. 1987, Bull. crim., n° 173.

²⁶³ CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, Série A, n° 140, p. 29.

²⁶⁴ H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 417 : « le Code de procédure pénale ayant légalisé l'enquête officieuse, la jurisprudence continue a fortiori aujourd'hui de se prononcer en ce sens » ; M. BLONDET, « La légalité de l'enquête officieuse », *JCP* 1959, I, 1513. Une enquête officieuse est une opération d'investigation prévue par aucun texte légal.

judiciaire. Dès lors, la police judiciaire peut faire appel aux acteurs privés qui, eux, disposent d'une grande liberté dans l'obtention et la production de la preuve en ce qu'ils peuvent produire en justice une preuve obtenue illicitement ou à la suite d'une infraction pénale²⁶⁵.

La légalité dans l'obtention de la preuve est guidée par le double impératif de la nécessité probatoire et du respect des droits et libertés de la personne (Titre I). Ce double impératif est d'une apparence trompeuse, le bouleversement des règles de preuves relativise la légalité dans l'obtention de la preuve (Titre II).

²⁶⁵ Cass. crim., 6 avr. 1994, Bull. crim., n° 136.

TITRE I LE DOUBLE IMPERATIF DE LA NECESSITE PROBATOIRE ET DU RESPECT DES DROITS DE LA PERSONNE

76.- L'objectif du procès pénal est présentation de la vérité²⁶⁶. Celle-ci dépend des moyens employés par la police judiciaire dans l'obtention de la preuve. Dans ses investigations, la police judiciaire est tenue de respecter certains principes directeurs. La légalité encadre donc les mesures d'investigation policières. Elles ne peuvent porter atteinte aux libertés individuelles que sous conditions. Mais la question se pose de savoir quels sont ces principes et qui effectue le contrôle du respect de ces principes. Rappelons que la légalité s'exprime tout d'abord en amont du procès. Dans la recherche de la preuve, la police judiciaire est soumise à une réglementation stricte. Elle doit s'assurer que la personne dont on soupçonne la participation à une infraction bénéficie de tous les droits garantis par la loi.

77.- La légalité tend à concilier les droits et les libertés des individus et les nécessités probatoires. Il convient de noter que s'impose à la police judiciaire une double interdiction : agir comme certains individus en utilisant les mêmes techniques qu'eux et ne pas traiter une personne mise en cause comme coupable. Le contrôle de ces interdictions est assuré par le juge. La légalité s'exprime également lors du procès, il incombe donc au juge de vérifier que la preuve a été obtenue dans le respect des règles. Ce contrôle est effectué non seulement par le juge interne mais aussi par le juge européen. Ce dernier joue un rôle considérable : au nom de l'équité de la procédure, il veille au respect des droits de la personne mise en cause. Lorsqu'il décide de condamner un Etat, il ne fait rien d'autre que de rappeler au juge interne qu'il ne peut méconnaître les droits garantis à toute personne. En outre, il est significatif d'observer que la nécessaire conciliation entre les nécessités probatoires et le respect des droits de la personne s'impose également au juge européen. Ce dernier est souvent conduit à les mettre en balance.

Il ressort de ces observations que la légalité garantit à la personne mise en cause le respect de ses libertés individuelles par l'intermédiaire d'un double verrou (Chapitre I). Cette garantie est également assurée dans le contrôle des procédures policières (Chapitre II).

²⁶⁶ V. *supra* n° 59 et s.

CHAPITRE I : LA RELATIVITE DES GARANTIES DE LA LEGALITE

78.- La légalité apparaît comme une protection de la personne contre des abus policiers. Toute personne bénéficie d'un certains nombres de droits, parmi lesquels le respect de sa dignité. L'émergence du concept de la dignité humaine commence au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. Le traumatisme mondial, lié au traitement des personnes dans les camps de concentration, va être à l'origine de l'extension de la notion de dignité. C'est d'abord sur l'idée du respect de l'intégrité physique de la personne que la dignité va faire son apparition²⁶⁷. Puis le concept de dignité va être invoqué pour prendre en compte l'évolution de la société.²⁶⁸ Ce processus conduit à la juridicisation de la dignité (Section I).

79.- La légalité garantit également le respect de la loyauté. La police judiciaire ne peut, dans le cadre de ses investigations, user des procédés déloyaux afin d'obtenir la preuve. Cette exigence interdit l'usage des ruses et stratagèmes consistant à tromper une personne (Section II).

²⁶⁷ B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185 ; B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282.

²⁶⁸ La dignité est souvent invoquée par les partisans du droit de mourir dans la dignité, pour éviter l'instrumentalisation du corps humain, dignité comme limite à la libre disposition de son corps.

SECTION I : LA PRISE EN CONSIDERATION RELATIVE DE LA DIGNITE HUMAINE

80.- Même si elle figure désormais dans le droit positif, la dignité pêche par son absence de définition. Il est justifié un tel manquement par l'ambivalence de la notion de dignité de la personne humaine²⁶⁹. Malgré cela, une tentative de définition a eu lieu en matière administrative. A la suite d'un arrêt du Conseil d'Etat²⁷⁰ dans lequel la dignité avait été invoquée pour interdire le lancer de nain, la doctrine majoritaire s'accorde à reconnaître que la dignité est le propre de l'homme, c'est-à-dire une qualité présente chez tous les êtres humains²⁷¹. Autrement dit, selon un auteur, la dignité de la personne peut « s'entendre de manière générique comme tout acte conforme à l'humanité de l'homme c'est-à-dire qui tend à reconnaître en tout homme, une personne humaine. Et tout acte indigne correspond à un acte inhumain qui méconnaît l'humanité de la personne humaine »²⁷².

81.- En matière pénale, la dignité humaine se trouve indirectement garantie par un texte d'application directe²⁷³. C'est toujours sur le fondement de la protection de la personne que la dignité apparaît comme le contraire de la violence²⁷⁴. Dans le recueil de la preuve, cette protection se traduit par le respect de l'intégrité physique et morale (§1) et l'interdiction de l'investigation corporelle (§2).

²⁶⁹ V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 350 : « la renonciation à définir le principe de dignité de la personne humaine est apparue comme un présupposé nécessaire à la normativité du principe de dignité, car pour être juridiquement effectif, ce principe doit être évolutif et, en conséquence, ne peut être enfermé dans un cadre rigide. En effet, le caractère indéfini de la dignité est constructif car il permet de saisir l'évolution de la société et d'adapter la norme aux nouveaux besoins » ; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Doc. Fr., 1999, p. 113 : « ambivalent, il (le principe de dignité humaine) exprime aussi bien un individualisme subjectif exacerbé, que la prise en compte du caractère social du concept examine ».

²⁷⁰ CE, ass., 27 oct. 1995, Ville d' Aix-en-Provence, *RFD adm.* 1995, p. 1204, concl. M. FRYDMAN ; *JCP* 1996, II, n° 22630, note F. HAMON ; *D.* 1996, Jur. p. 177, note LEBRETON.

²⁷¹ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Doc. Fr., 1999, p. 111 et ss ; C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine ; recherche sur un processus de juridicisation*, Droit et justice PUF, 2005, p. 66 à 68 ; M.-L. PAVIA, « La dignité de la personne humaine », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), 8^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. 1441 ; V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 5 et ss.

²⁷² V. DEBIEN, *La catégorie pénale des infractions d'atteinte à la dignité de la personne : analyse critique*, Thèse, Cergy-Pontoise, Tome 1, 2002, n° 6, p. 3.

²⁷³ L'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme interdit la torture et traitements ou peines inhumains ou dégradants. Voir aussi l'article 7 du pacte international sur les droits civils et politique de 1966 et l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

²⁷⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 413, p. 369.

§1. Le respect de l'intégrité physique et morale

82.- C'est dans le cadre de privation de liberté que le respect de l'intégrité physique et morale s'impose. La personne mise en cause est présumée innocente. Cette présomption lui donne la possibilité de collaborer ou non à l'établissement de la vérité. La police judiciaire ne peut la contraindre, sous aucune forme, à contribuer à cette vérité et ce même si elle dispose d'éléments à charge. C'est souvent lors de l'audition que la tentation d'obtenir des aveux quitte à porter atteinte à l'intégrité physique et morale est grande. C'est pourquoi la police judiciaire ne peut user ni de la pression morale (A), ni de la violence physique pour parvenir à ses fins (B).

A. Le refus de la pression morale

83.- La police judiciaire peut entendre toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits²⁷⁵. Si la police judiciaire estime qu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner la personne d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction, celle-ci peut être placée en garde à vue²⁷⁶. La personne gardée à vue peut alors être auditionnée²⁷⁷. Cela permet à la personne mise en cause de se défendre et à la police judiciaire d'éclaircir certains points. Afin d'éviter d'orienter le mis en cause vers des réponses précises, les questions posées ne doivent pas être fermées. Bien au contraire, elles doivent demeurer ouvertes²⁷⁸. A cet égard, le procès verbal d'audition est essentiel car à la fin de l'audition la personne doit lire sa déposition et la signer²⁷⁹ afin de lui donner force probante. Cette étape constitue la preuve de la réalité des propos recueillis par la police judiciaire. Il peut arriver

²⁷⁵ Articles 61 et 78 du Code de procédure pénale.

²⁷⁶ Article 62 du Code de procédure pénale.

²⁷⁷ Jusqu'à la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, le terme d'audition était réservé uniquement aux victimes et témoins, la personne gardée à vue était interrogée. Depuis cette loi, le terme d'audition a remplacé celui d'interrogatoire. Cela signifie que la personne placée en garde à vue est désormais auditionnée et non plus interrogée.

²⁷⁸ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 441 : « tout imprégné de son dossier, l'enquêteur le plus honnête doit se garder de ne pas poser les questions de telle sorte que la réponse soit soufflée au suspect. Ainsi, évoquant le moment où le meurtrier a tiré sur la victime, l'enquêteur ne doit pas demander au suspect : votre victime vous tournait-elle alors le dos ? Mais bien mieux : Quelle était la position de la victime lorsque vous avez tiré ? Ainsi, évoquant la tenue vestimentaire de la victime, l'enquêteur ne doit pas demander au suspect : votre victime était-elle vêtue d'une robe de chambre de couleur rouge ? Mais bien mieux : comment était vêtue votre victime ? ».

²⁷⁹ L'alinéa 3 de l'article 62 du Code de procédure pénale énonce que « il (officier de police judiciaire) dresse un procès-verbal de leurs déclarations. Les personnes entendues procèdent elles-mêmes à sa lecture, peuvent y faire consigner leurs observations et y apposent leur signature. Si elles déclarent ne savoir lire, lecture leur en est faite par l'officier de police judiciaire préalablement à la signature. Au cas de refus de signer le procès-verbal, mention en est faite sur celui-ci ».

que la personne mise en cause décide de ne pas collaborer, ce qui est son droit, rappelons qu'elle bénéficie de la présomption d'innocence. De son côté la police judiciaire peut estimer que la personne mise en cause détient des informations essentielles, et sa collaboration est susceptible de faire avancer l'enquête, peut être conduite à exercer une pression morale (1). Or, il ressort de la présomption d'innocence le droit au silence. Celui-ci protège en principe la personne contre tout harcèlement, pour autant cette protection s'avère paradoxale (2).

1. La nature de la pression morale

84.- La pression morale peut être rapprochée avec l'infraction de harcèlement moral. Celle-ci fait l'objet d'une double incrimination en matière de relations de travail²⁸⁰. Elle consiste en une soumission sans répit à des attaques incessantes et réitérées²⁸¹. Celle-ci se traduit par des menaces, intimidations. La personne visée, se sentant humiliée, voit son état de santé et sa situation mentale se dégrader. A la différence des relations de travail, l'usage d'une telle manœuvre par la police judiciaire est d'obtenir, croit-on, des révélations. Pour ce faire, elle peut être tentée d'user de la pression morale directe (a) et du stratagème « mouton » (b).

a. La pression morale directe

85.- C'est lors des investigations policières que le risque de recourir à ce type de comportement est le plus fréquent. Ainsi, lors de l'audition, un rapport de force inégalitaire s'instaure entre la personne mise en cause et le policier. Un véritable « combat psychologique » se joue. Il s'agit pour le policier de faire comprendre au mis en cause que c'est dans son intérêt de s'exprimer. Lorsque le mis en cause est réticent à collaborer, le policier peut s'appuyer sur différentes stratégies²⁸². D'abord la valorisation du mis en cause afin d'instaurer une relation de confiance. Cela permet à celui-ci de se sentir libre et vise à dissiper son appréhension. Lorsqu'elle aboutit, la personne mise en cause procède à des déclarations. Lorsque cette technique ne fonctionne pas, le policier peut recourir à d'autres manœuvres notamment la manipulation. Cette méthode consiste à faire croire à la personne mise en cause que le policier détient une preuve ou qu'elle a été dénoncée²⁸³. Egalement, le

²⁸⁰ L'article 222-33-1 du Code pénal et l'article L. 1152-1 du Code du travail définissent le harcèlement moral comme des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits ou à la dignité, d'altérer la santé physique ou mentale ou de compromettre l'avenir professionnel.

²⁸¹ Trib. corr. Paris, 25 oct. 2002, *JCP E* 2003, p. 1152.

²⁸² H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, p. 714.

²⁸³ S. CLEMENT et S. PORTELLI, *L'interrogatoire*, Sofiac, 2001, p. 136.

policier peut être tenté d'user de la compassion, laquelle consiste à faire croire au mis en cause qu'il comprend son geste. Parfois, il n'hésite pas à promettre qu'en parlant la personne mise en cause bénéficierait d'une certaine indulgence. Il faut souligner que tous ces stratagèmes sont faits dans le but de faire parler une personne, et il semblerait qu'on leur prête moins attention. Une personne qui avouerait certains faits ne pourrait par la suite les contester au motif que tout ce qu'on lui avait promis n'a pas été tenu. A partir du moment où elle tombe dans le piège, elle ne peut plus faire marche arrière.

86.- Pourtant, la pression morale se caractérise le plus souvent par des menaces, promesses et intimidations. Une personne fragile, subissant cette pression, finit par dire aux policiers ce qu'ils veulent entendre, c'est-à-dire s'accuser de l'infraction. Mais une fois que cette pression est retombée, elle se rend compte de la gravité de son acte et décide alors de se rétracter et clamer son innocence, sa rétractation n'a aucune incidence alors même que la personne mise en cause n'avoue que pour que cette violence cesse²⁸⁴. Pour éviter qu'une personne soit victime de tels agissements, il convient de reconnaître qu'une audition menée pendant de nombreuses heures sans un seul moment de repos ou encore le fait de priver un individu de nourriture ou de lui promettre qu'en parlant on lui ramènera à manger peut être attentatoire à la dignité humaine de celui qui en est objet. Cette position semble implicitement être adoptée par la Haute juridiction. Dans deux arrêts où un individu alléguait que sa garde à vue s'était déroulée dans une atmosphère de tension et de fatigue, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta le pourvoi en soulignant la fausseté de ses allégations²⁸⁵. Il est alors permis d'en déduire qu'elle aurait accueilli le moyen tendant à voir annuler la garde à vue si les faits avaient été avérés²⁸⁶.

87.- La question se pose de savoir comment établir la preuve d'avoir subi la violence morale. La violence morale est intrinsèque, bien évidemment elle ne laisse aucune trace physique. Un examen médical paraît inutile. Ainsi, la preuve de la violence morale est impossible à rapporter. Dès lors que le fardeau de la preuve pèse sur la « victime », elle est dans l'incapacité de l'établir. Dans les arrêts précédemment cités, la question légitime se pose de savoir sur quel(s) élément(s) la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est basée pour

²⁸⁴ L'affaire Patrick Dils est révélatrice de cette pression subie par un enfant de 15 ans (8 ans d'âge mental selon les experts) qui avoue des faits graves non commis par elle.

²⁸⁵ Cass. crim., 26 févr. 1991, Bull. crim., n° 97 ; Cass. crim., 10 mars 1992, Bull. crim., n° 105.

²⁸⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 413, p. 370.

rejeter le pourvoi. Il est vrai que le juge apprécie les éléments de preuve selon son intime conviction²⁸⁷. Comme la preuve d'une violence morale est impossible à rapporter, le constat est que toutes les poursuites à l'encontre de la police judiciaire sont vouées à l'échec. Le sentiment d'impunité favorise l'usage de la violence morale, laquelle semble implicitement être tolérée²⁸⁸. La police judiciaire ne peut, lors de l'audition, rien faire d'autre que d'user de la pression lorsqu'elle estime que la personne est susceptible de lui fournir des renseignements. Pour elle, cette situation légitime la violence morale.

88.- De surcroît, cette pression s'exerce déjà sur la personne mise en cause lorsqu'elle arrive dans les locaux de la police. Dès lors, elle se trouve dans une situation d'infériorité. Il suffit de peu de chose pour la déstabiliser. Afin de dissuader l'usage de la pression morale sur le mis en cause, la présence d'un avocat s'avère nécessaire pour éviter toute contestation. Son rôle consisterait juste à vérifier le bon déroulement de l'audition dans le respect des règles. Il n'est donc guère surprenant que les procès-verbaux reflètent l'intégralité des propos tenus²⁸⁹. Telle est du moins la théorie car la réalité diffère légèrement : les éventuelles pressions subies ne sont évidemment pas décrites. Il n'est pas impossible que la police judiciaire soit tentée de les exercer. C'est pourquoi la présence de l'avocat à ce stade paraît indispensable. Sa fonction n'est pas de conseiller son client mais d'être témoin : en cas de contestation, il pourrait témoigner. C'est le cas dans le système anglo-saxon, notamment aux Etats-Unis, où la personne mise en cause peut décider de ne parler qu'en présence de son avocat²⁹⁰. Il est alors en principe difficile pour la police judiciaire d'exercer une quelconque pression. Après une certaine résistance, la législation française adopte finalement un système similaire²⁹¹. La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 prévoit désormais l'assistance effective de l'avocat pendant la garde à vue. Cela se concrétise par la présence de l'avocat durant toute la durée des auditions de la personne gardée à vue. Toutefois, le risque de dérive n'est pas totalement écarté. La police judiciaire peut recourir à d'autres techniques pour faire parler une personne, parmi lesquelles la pratique dite du « mouton ».

²⁸⁷ Article 428 du Code de procédure pénale.

²⁸⁸ J. CADENE, *Les preuves pénales, essai d'une théorie générale*, Thèse, Montpellier, 1963, p. 124.

²⁸⁹ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 885, p. 716 et s.

²⁹⁰ A. KETTELS, « L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode accusatoire ? », *RD pén. crim.* 2009, p. 989 et s.

²⁹¹ V. LESCLOUS, « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue, point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, dossier 2 ; J. PRADEL, « Vers une métamorphose de la garde à vue », *D.* 2010, p. 2783 et s ; M.-A. BEERNART, « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de la police », *RD pén. crim.* 2009, p. 971 et s ; D. HOLZAPFEL, « Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2010, p. 663 et s.

b. *Le stratagème « mouton »*

89.- La pratique dite de « mouton » consiste à placer dans la même cellule une personne qui inspire confiance au mis en cause et pourrait ainsi faire part au juge ou à la police judiciaire des confidences obtenues en échange d'un allègement de la peine²⁹². Ressemblant foncièrement à la preuve par « oui-dire » avec un artifice en plus, la technique de « mouton » est totalement interdite en France²⁹³. Cela pose la question des circonstances dans lesquelles ces informations pourraient être obtenues. Une personne voulant à tout prix bénéficier d'une réduction de peine ferait tout son possible pour soutirer des confidences à son codétenu. Selon le contexte, le recours à la pression morale serait plausible. Ainsi, les informations recueillies par l'usage de telle manœuvre ne peuvent constituer un élément de preuve. En raison de sa faillibilité, l'aveu obtenu ne peut être recevable²⁹⁴. Or, cette technique est parfaitement autorisée aux Etats-Unis. Dans ce dernier système, ni la police judiciaire ni le juge ne se préoccupent de la manière dont la preuve a été obtenue. Les renseignements obtenus seraient un soutien au dossier de la police judiciaire. Cette dernière pourrait orienter ses investigations au regard des confidences obtenues. En cas de reconnaissance des faits de la personne mise en cause, la police judiciaire pourrait l'utiliser, lors de la confrontation avec celle-ci, pour la pousser à réitérer ses propos. La police judiciaire serait alors tentée de focaliser son enquête presque uniquement à l'endroit de la personne mise en cause. La confiance de la police judiciaire dans la personne du dénonciateur serait de nature à occulter la problématique de la violence, laquelle pourrait être vue implicitement comme un moyen parmi d'autres de recueillir la preuve.

90.- Il faut bien reconnaître que sont mis en place des mécanismes pour empêcher une utilisation abusive de la violence morale. Celle-ci semble être autorisée dès lors qu'elle ne dépasse pas un certain seuil. Le droit au silence est certes censé protéger le mis en cause contre cette pression. Ce droit n'est pas pour autant absolu et cette protection s'avère paradoxale.

²⁹² B. BOULOC, R. De BECO et P. LEGROS, *Le droit au silence et détention provisoire*, Bruylant, 1997, p. 29.

²⁹³ Alors qu'aux Etats-Unis, cette technique est parfaitement légale. Ainsi, dans le documentaire un « coupable idéal », de J.-X. De LESTRADE, Dalloz, 2005, on apprend que la personne soupçonnée a fait l'objet de cette technique. Elle avait subi des pressions de la part de son codétenu afin d'obtenir des informations sur les faits qu'on lui reprochait.

²⁹⁴ CEDH, 5 nov. 2002, Allan c/ Royaume-Uni, F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011, p. 405.

2. La protection paradoxale du droit au silence

91.- Le droit au silence peut se définir comme « le pouvoir de refuser de répondre aux questions de la police, mais aussi pour l'accusé le pouvoir de ne pas témoigner à son propre procès, sans que le juge en tire une conséquence »²⁹⁵. Ce droit est reconnu dans le système de Common law. Selon les Etats, il a soit une valeur constitutionnelle²⁹⁶, soit une valeur législative²⁹⁷. Il se traduit par le fait que dès l'arrestation d'un individu, la police judiciaire doit l'informer de son droit de garder le silence et que ses déclarations pourraient se retourner contre lui²⁹⁸. La Cour suprême des Etats-Unis a déclaré que c'est à l'individu qu'il appartient de choisir de rester muet ou de parler de son plein gré pendant un interrogatoire²⁹⁹. Ce droit est également consacré par le pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966³⁰⁰. En revanche, il ne figure pas dans la Convention européenne des droits de l'homme. Par une interprétation extensive de l'article 6 de la Convention européenne, la Cour européenne des droits de l'homme déduit pourtant de la présomption d'innocence le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination³⁰¹. Tout au long de la procédure et plus particulièrement lors des investigations policières, la personne mise en cause bénéficie de ce droit³⁰².

92.- Le droit au silence était un « droit silencieux »³⁰³ en droit français. La personne mise en cause était souvent contrainte de répondre aux questions qui lui étaient posées. La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes avait

²⁹⁵ A.-J. BULLIER et F.-J. PANSIER, « De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common law ? », *Gaz. Pal.* 1997, 1, doct. p. 208.

²⁹⁶ 5^{ème} amendement de la Constitution des Etats-Unis.

²⁹⁷ Criminal evidence act de 1898 modifié par le criminal evidence act de 1982 au Royaume-Uni.

²⁹⁸ J. PRADEL, « La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 622 ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 154 : « you have the right to remain silent – Vous avez le droit de garder le silence ».

²⁹⁹ *Miranda contre Arizona*, 1966, 384 U. S. 436, 444, 478-479.

³⁰⁰ L'article 14§3 g dispose que « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : ... A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

³⁰¹ CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, JCP G 1993, II, n° 22073, note R. GARNON et A. GARNON ; D. VINOT- BARRIAL, « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 537 ; CEDH, 8 févr. 1996, *John Murray c/ Royaume- uni*, *Procédures* 1996, n° 194, obs. J. Buisson ; *Rev. sc. crim.* 1997, 476, obs. R. KOERING-JOULIN. Ce droit s'applique « aux procédures pénales concernant tous les types d'infractions criminelles, de la plus simple à la plus complexe ». Ce droit a été reconnu d'abord en matière douanière, puis étendu à toutes les branches du droit.

³⁰² G. CLEMENT, « Le secret de la preuve pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 190 ; R. PERROT, « Le silence en droit judiciaire privé », in *Mélanges RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p. 627 ; R. CHARLES, « Le droit au silence de l'inculpé », *RID pén.* 1953, p. 129.

³⁰³ P. VOLO, « Le silencieux du droit au silence », *LPA* 19 juil. 1993, n° 1993, p. 17.

consacré ce droit en matière de garde à vue³⁰⁴. La police judiciaire avait une obligation de notifier au gardé à vue son droit de ne pas répondre aux questions des enquêteurs³⁰⁵. Cette loi a fait l'objet de vives critiques³⁰⁶. En particulier, la disposition qui prévoyait l'information immédiate du gardé à vue de son droit de se taire a été l'une des dispositions les plus critiquées par les professionnels de la police³⁰⁷. Selon eux, cette notification constituait un obstacle aux enquêtes en privant la garde à vue d'une partie de son utilité. La notification serait perçue comme un obstacle à l'élucidation rapide des enquêtes. Pourtant, cette loi ne faisait que consacrer expressément au niveau interne, un droit reconnu au niveau international.

93.- Il faut noter que l'audition est un moyen pour la personne mise en cause de se défendre³⁰⁸. Si elle ne le fait pas, la police judiciaire pourrait en déduire qu'elle est effectivement la personne ayant participé ou commis une infraction. Dans un premier temps, le législateur va procéder à une modification du texte. La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002³⁰⁹ faisait obligation à la police de notifier à la personne qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire³¹⁰. Dans un second temps, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure va abroger cette disposition. Aucune obligation de notification du droit de garder le silence ne pesait sur la police judiciaire³¹¹. Malgré cette absence d'information, il en résulte que la personne mise en cause jouit d'un droit au silence en raison de sa valeur supranationale³¹². Finalement, la loi

³⁰⁴ J. BUISSON, « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 25 : « Le placement en garde à vue », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 671 ; C. BARON, « Le droit au silence : une révolution silencieuse », *D.* 2/11/2000, point de vue, p. 111.

³⁰⁵ Article 63-1, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

³⁰⁶ J. PRADEL, « Encore une tornade sur notre procédure pénale », *D.* 2000, chron. n° 26 ; « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, chron. n° 13, p. 1039 et n° 14, p. 1114.

³⁰⁷ Rapport DRAY, présenté le 19 décembre 2001, relatif l'évaluation et les conséquences sur le déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000.

³⁰⁸ Cass. crim., 16 nov. 1849, Bull. crim., n° 303.

³⁰⁹ J. PRADEL, « La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence », *D.* 2002, chron. p. 1693.

³¹⁰ Article 63-1 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, réd. L. 4 mars 2002.

³¹¹ Article 63-1 du Code de procédure pénale issu de la loi n° 2003-239.

³¹² CEDH, 14 oct. 2010, Brusco c/ France, *JCP* 2010, n° 43, p. 2006, obs. F. SUDRE ; *D.* 2010, p. 2850, note GUERIN ; C. MAURO, « Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010 », *Dr.pén.* 2010, étude 29 ; M. BOUGAIN, « Garde à vue: piqûre de rappel de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 9 nov. 2010, n° 313, p. 11 ; Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82. 902 et n° 10-85.051 ; H. MATSOPOULOU, « Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité, à propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *JCP G* 2010, 1104 ; J. PRADEL, « Vers une métamorphose de la Garde à vue après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *D.* 2010, p. 2783 ; Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-83.204.

n° 2011-392 du 14 avril 2011 réintroduit l'obligation de notification à la personne gardée à vue de son droit de garder le silence³¹³ conformément aux engagements internationaux de la France.

94.- La justification de ce droit réside en priorité dans la protection de la personne mise en cause contre toute violence³¹⁴. Dès lors qu'elle a le droit de se taire, elle ne peut être contrainte³¹⁵. Ce qui implique que la police judiciaire n'en tire aucune conséquence défavorable à la personne³¹⁶. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit de se taire n'est pas absolu. Elle a déclaré que si on ne peut condamner une personne sur son seul silence ou sur le refus de déposer, on peut prendre en compte le silence de l'intéressé dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge³¹⁷. En pratique, le droit au silence est un droit relatif³¹⁸. Dès lors que le silence peut se retourner contre la personne, elle n'a d'autre choix que de répondre aux questions posées. Il faut reconnaître que la décision de la Cour européenne des droits de l'homme n'est de toute façon pas satisfaisante. Elle tient toutefois compte des éléments d'appréciation retenus par les juges³¹⁹.

95.- Par ailleurs, il est à noter que le système d'intime conviction met à mal le droit au silence³²⁰. En l'absence d'explication de la personne, le juge en tire souvent les conséquences défavorables de culpabilité³²¹. Ce renversement de la charge de la preuve repose sur l'idée

³¹³ Y. MULLER, « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* févr. 2011, étude 2 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, « La réforme attendue de la garde à vue », *D.* 2011, p. 1128 ; « La réforme de la garde à vue », *D.* 2011, p. 1570 ; J. PRADEL, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue : à propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011, n° 22, 665 ; J. ALIX, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011, p. 1699 ; Y. MAYAUD, « La garde à vue « à la française » aux oubliettes ? », *D.* 2010, p. 2696.

³¹⁴ *Contra* : J. GRAVEN, « L'obligation de parler en justice », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 309.

³¹⁵ J. PRADEL, « La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête », in *Mélanges GASSIN, PUAM*, 2007, p. 305.

³¹⁶ CEDH, 21 déc. 2000, Heaney et Mc Guinness et Quin c/ Irlande, *JCP* 2001, I, 291, obs. F. SUDRE.

³¹⁷ CEDH, 8 févr. 1996, John Murray c/ Royaume- uni, *Procédures* 1996, n° 194, obs. J. Buisson ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 476, obs. R. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1997, I, 4000, obs. F. SUDRE ; F. SUDRE, J.-P.

MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis, 2011, p. 399.

³¹⁸ B. BOULOC, R. De BECO et P. LEGROS, *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruylant, 2007, p. 27.

³¹⁹ Lorsque les charges sont tellement écrasantes, le juge peut condamner en dépit du silence de la personne.

³²⁰ G. CLEMENT, « Le secret de la preuve pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droist et le droit*, Dalloz, 2007, p. 190 : « le silence comporte donc un risque réel lié au principe de l'intime conviction ».

³²¹ P. NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 21 : « de fait, il est psychologiquement impossible que le juge ne soit pas informé par le silence de la personne jugée et que celui-ci n'acquière une valeur d'aveu, de non contestation de charges ou, à tout le moins, de volonté de sceller la vérité ».

selon laquelle un innocent n'a rien à cacher, et le refus de contribuer à la manifestation de la vérité peut être interprété comme un aveu implicite. Or, il est une règle en droit civil que le silence, sauf exception³²², ne vaut consentement. Cette règle pourrait être transposée en matière pénale. Car, comment et pourquoi reconnaître à une personne le droit de se taire, et en même temps tirer les conséquences défavorables de son silence. La personne mise en cause aurait le choix entre répondre aux questions posées ou garder le silence qui pourrait être retenu contre elle³²³.

96.- C'est un risque que la personne mise en cause prend lorsqu'elle décide de garder le silence³²⁴. Ce risque peut l'amener à ce que la garde à vue dure plus longtemps³²⁵. Le mutisme de la personne peut inciter la police judiciaire à la placer dans une cellule le temps qu'elle réfléchisse. Cette mesure est une forme de pression exercée à l'encontre du mis en cause. Pour mettre fin à celle-ci, la personne finit par parler. La question qui se pose est de savoir si ses déclarations constituent un véritable aveu ou bien un simple mensonge lui permettant d'échapper à la violence morale. Dans un passé récent, la détention provisoire était utilisée par le juge d'instruction lorsque le mis en cause avait décidé de se taire³²⁶. Comme pour la garde à vue, c'était un moyen de pression que pouvait exercer le juge d'instruction sur le mis en cause pour qu'il parle sur les faits qui lui sont reprochés³²⁷. A l'heure actuelle, la détention provisoire ne peut plus être utilisée comme un moyen de pression. Elle doit être fondée sur les objectifs prévus par les dispositions internes³²⁸ et européennes³²⁹.

³²² Il prévaut, en matière de baux d'habitation, la tacite reconduction.

³²³ A.-J. BULLIER et F.-J. PANSIER, « De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common law ? », *Gaz. Pal.* 1997, 1, doct. p. 211 : « vous avez le droit de vous taire, mais ce silence sera un aveu ».

³²⁴ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 156 et s.

³²⁵ B. SERRATRICE-COUTTENIER, « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 464 ; B. BOULOC, « Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 69 ; PH. POUGET, « Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 77.

³²⁶ B. BOULOC, « le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », *D.* 1995, chron. p. 315.

³²⁷ M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004, Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 567 ; PH. POUGET, « Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 77 ; B. BOULOC, « Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 69.

³²⁸ L'article 144 du Code de procédure pénale prévoit que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire (...). Dans un arrêt en date du 6 mars 1986, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les dispositions du Code de procédure pénale qui définissent

97.- En réalité, le droit de garder le silence n'existe pas, ou du moins il est cantonné dans le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination³³⁰. Dès lors, la personne mise en cause est tenue de répondre à toutes les questions qui lui sont posées et non à celles qu'elle juge utiles à ses intérêts³³¹. A vrai dire, le droit au silence ne protège pas la personne contre une éventuelle violence morale. Bien au contraire, elle y participe et ce tout au long de la procédure. Si la violence morale est interdite, la violence physique est également interdite.

B. L'interdiction de la violence physique

98.- Il est évident que le recueil de la preuve par la police judiciaire ne peut résulter de la pression morale. Plus largement, pour procéder à l'arrestation d'une personne suspecte, la police judiciaire peut être amenée à employer des moyens coercitifs. Aussi, est-il apparu nécessaire d'autoriser l'usage d'une arme à feu lorsque la situation l'exige³³². La violence n'est légitime que lorsqu'elle est permise par la loi. La brutalité policière dans le but d'obtenir des aveux est exclue (1). Cette exclusion s'explique par la centralité de l'aveu comme facteur aggravant de l'erreur judiciaire (2).

1. L'exclusion de la violence policière

99.- La Cour européenne des droits de l'homme appréhende toute violence utilisée par les forces de police sans motif légitime sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne

limitativement les cas dans lesquels le placement ou le maintien en détention peuvent être prononcés par le juge, loin d'être incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme, instituent au contraire en faveur des inculpés des garanties supplémentaires destinées à éviter toute détention injustifiée. La Chambre criminelle considère donc que l'article 144 du Code de procédure pénale est plus protecteur de la personne mise en examen que l'article 5-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³²⁹ L'article 5-1-c de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme autorise la détention, hors le cas de condamnation, que s'il y a des raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis une infraction ou s'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; voir également sa traduction en droit interne, les conditions strictes définies par l'article 144 du Code de procédure pénale.

³³⁰ La différence entre les deux droits résulte du fait que le droit au silence permet à la personne de refuser de répondre aux questions, alors que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est le fait pour la personne mise en cause de répondre aux questions posées sans aller jusqu'à fournir la preuve de sa culpabilité. Il est donc permis à la personne de mentir ou du moins de ne pas répondre de la manière la plus objective possible.

³³¹ Or, FAUSTIN HELIE considère que la personne peut « répondre ou ne pas répondre aux questions qui lui sont faites, selon qu'il juge convenable à ses intérêts », *Traité de l'instruction criminelle*, 1863, t. II, n° 2612.

³³² En cas notamment de légitime défense : article 122-5 et s du Code pénal.

des droits de l'homme³³³. Celui-ci prohibe la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

100.- Le droit français comme la plupart des législations réprime l'usage de la violence illégitime³³⁴. Dans certains cas, lorsqu'elle est utilisée dans un but précis, la violence est constitutive d'une circonstance aggravante³³⁵. Cette interdiction s'impose également aux policiers ; ils ne peuvent, lors des auditions, faire usage des procédés de contrainte physique dans le but d'obtenir des aveux³³⁶. Cela signifie que « toute personne appréhendée est placée sous la responsabilité et la protection de la police, elle ne doit subir, de la part des fonctionnaires de police ou de tiers, aucune violence ni aucun traitement inhumain ou dégradant »³³⁷. Car de « telles pratiques soulèvent la réprobation et la menace de discréditer nos institutions... Il convient alors de les réprimer avec la rigueur qui convient »³³⁸. Il est interdit aux forces de police d'utiliser les mêmes procédés que les malfaiteurs pour parvenir à leurs fins. Il en va de la crédibilité de l'institution policière. Comment pourrait-on admettre d'un côté de la violence et de l'autre côté l'interdire ?

101.- Le traitement inhumain peut être défini comme celui qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques dans un but non déterminé. Le traitement dégradant est celui qui humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience³³⁹. La différence entre ces deux traitements est que le second est celui qui a plus nettement à voir avec la dignité : Il y a parfois un élément physique mais la brutalité n'est pas nécessaire.

A un degré supérieur se trouve la torture, définie comme « tout acte par lequel une douleur, ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une

³³³ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Doc. Fr., 1999, p. 272 : « le principal champ d'application dans lequel la Cour s'est référée au principe de la dignité humaine est celui des violences policières, outre celui des peines et châtements corporels » ; H. FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la CESDH dans le droit interne des Etats membres*, L.G.D.J., 1996, p. 43 et s. On observe une évolution de l'application de l'article 3 de la Convention européenne.

³³⁴ Articles 222-9, 222-11 et 222-13 du Code pénal : selon la gravité de la violence.

³³⁵ Exercice de la violence en vue de l'obtention de l'objet convoité : articles 311-4 et suivants du Code pénal.

³³⁶ P. LAMBERT, « Dignité humaine et interrogatoires musclés de la police », *RTDH* 2000, p. 138.

³³⁷ Article 10 du décret du 18 mars 1986 portant Code de déontologie de la Police nationale.

³³⁸ Cass. crim., 18 févr. 1954. 165 ; *D.* 1954, p. 165, rapport PATIN.

³³⁹ Rapport de la Comm. EDH du 5 nov. 1969, Grèce, *Annuaire* XII (1969), p. 186.

personne, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne, des renseignements, ou des aveux, de la punir, de l'intimider ou de faire pression... »³⁴⁰.

Le passage des traitements inhumains ou dégradants à la torture exige le franchissement d'un certain seuil de gravité de violence, de souffrance infligée à la victime. Toutefois, l'étude de la jurisprudence européenne montre que le passage de l'un à l'autre relève d'une interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme afin d'élever le standard de protection de l'article 3³⁴¹. Ainsi, dans un arrêt en date du 27 août 1992, la Cour européenne des droits de l'homme déclare que « les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne »³⁴². Certes, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie les brutalités policières de traitement inhumain et dégradant, mais elle fait une interprétation restrictive de l'article 3³⁴³. La Cour européenne des droits de l'homme fait application du principe de proportionnalité. Elle considère que de tels actes ne sont condamnables que s'ils atteignent un minimum de gravité. Autrement dit, la police judiciaire peut user de la violence dès lors qu'elle ne dépasse pas ce seuil³⁴⁴. La question se pose de savoir qui détermine ce seuil et dans quelles circonstances peut-on déterminer si les brutalités policières ont atteint ou non ce seuil. La position de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas satisfaisante³⁴⁵. Si certains ont justifié une telle

³⁴⁰ Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987 ; CH. CHANET, « La Convention des Nations-Unies contre la torture et autres traitements inhumains ou dégradants », *AFDI* 1984, 625.

³⁴¹ F. MASSIAS, « Chronique internationale des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 891.

³⁴² CEDH, 27 août 1992, Tomasi c/ France, *Dr. pén.* 1992, comm. 301 ; *D.* 1993, somm. p. 383, obs. J.- F. RENUCCI ; *Rev. sc. crim.* 1993, p. 143, obs. L.-E. PETTITI ; *Rev. sc. crim.* 1993, p. 33, obs. F. SUDRE.

³⁴³ H. FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la CESDH dans le droit interne des Etats membres*, L.G.D.J., 1996, p. 52 : « en premier lieu, pour que les traitements en cause soient retenus, il est nécessaire qu'ils atteignent un minimum de gravité. Ce qui exclut du domaine d'application de l'article 3, certaines brutalités qui peuvent prendre la forme de gifles ou de coups donnés de la main sur la tête ou le visage et qui sont considérés comme normales dans le cadre de certaines activités ».

³⁴⁴ CEDH, 18 janv. 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, *RGDIP* 1979, 104, note P.-M. MARTIN ; *JDI* 1980, 449, obs. P. ROLLAND.

³⁴⁵ V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 327 : « la position de la Cour laisse entendre que lorsque la personne privée de liberté, justifie par son attitude, le recours à la force, la notion de dignité est respectée et, inversement quand l'attitude de cette même personne ne semble pas justifier l'emploi de la force, il y a violation de la dignité. Une telle position est en totale contradiction avec le principe même de dignité car elle laisse entendre que l'atteinte à la dignité dépend du comportement de la personne privée de liberté. Or la dignité est intangible : si le recours à la force est estimé contraire à la dignité dans certaines situations, il ne peut être considéré comme conforme dans d'autres. Le respect de la dignité doit être uniformément assuré, quelles que soient la situation et le comportement de la personne ».

solution par la nécessité d'éviter un recours systématique à l'article 3³⁴⁶, force est de constater que la position de la Cour européenne des droits de l'homme multiplie le risque d'une banalisation de la violence illégitime³⁴⁷. Toute personne qui se trouve entre les mains de la police doit bénéficier d'une protection³⁴⁸, ce qui implique que toute violence doit être interdite.

102.- Il est évident que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut laisser aucune marge de manœuvre aux forces de police. Il apparaît indispensable d'abaisser le seuil de gravité, ce que la Cour européenne semble avoir fait. C'est ainsi que, dans un arrêt en date du 28 juillet 1999, elle affirme « qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »³⁴⁹. Après avoir relevé que l'ensemble des lésions dans les différents certificats médicaux, ainsi que les déclarations du requérant sur les mauvaises traitements dont il a fait l'objet durant sa garde à vue établissent l'existence de douleurs ou de souffrances physiques infligées intentionnellement aux fins notamment d'obtenir des aveux sur les faits qui étaient reprochés au requérant, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances « aigües » et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme fait ainsi œuvre d'une interprétation dynamique de la Convention européenne en exerçant une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques³⁵⁰. Compte tenu de ce que la Convention européenne est un instrument visant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, certains actes autrefois qualifiés de

³⁴⁶ Opinion dissidente de J.-C. SOYER.

³⁴⁷ F. TULKENS, « L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges COUVRAT*, PUF, 2001, p. 319.

³⁴⁸ F. TULKENS, « L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges COUVRAT*, PUF, 2001, p. 314 et s.

³⁴⁹ CEDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c/ France*, § 99, *JCP* 1999, éd. G, II, 10193, note F. SUDRE ; *Procédures* 1999, n° 256, obs. J. BUISSON ; F. MASSIAS, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 891 ; *RGDIP* 2000, 181, note G. COHEN JONATHAN ; *RTDH* 2000, 123, note P. LAMBERT.

³⁵⁰ CEDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c/ France*, § 101.

traitements inhumains et dégradants peuvent dorénavant recevoir la qualification de torture³⁵¹. Cette requalification dépend de la gravité des sévices infligés : la qualification de torture est réservée aux actes de violence les plus graves alors que celle de traitement inhumain ou dégradant s'applique aux sévices d'une gravité moindre. Est ainsi l'idée selon laquelle aucune violence ne peut échapper à l'application de l'article 3 de la Convention³⁵².

103.- L'usage de la force physique sur une personne en situation d'infériorité (garde à vue) constitue le seuil minimum de gravité portant ainsi atteinte à la dignité de la personne. Un auteur avait justifié cette protection totale de l'intégrité physique par le respect de la présomption d'innocence. Toute personne étant présumée innocente ne peut être traitée comme coupable³⁵³. L'emploi de la force physique dans le but d'obtenir des aveux méconnaît ce principe. Ce raisonnement n'est guère satisfaisant. Il signifie, *a contrario*, qu'un coupable peut subir des violences. Or, l'usage de la violence n'est permis que dans des cas strictement prévus par la loi. En matière de recherche de la preuve, la violence n'est jamais justifiée. Plus encore, elle porte atteinte à la dignité humaine. Il apparaît alors qu'aucune circonstance ne peut légitimer le recours à la force à l'encontre d'une personne, et ce peu importe la situation de cette dernière³⁵⁴.

104.- Par ailleurs, la difficulté réside dans le fardeau de la preuve. Celui-ci pèse sur le demandeur, en l'occurrence sur le mis en cause « victime ». Il est démontré que la preuve de la violence est difficile à rapporter. Celle-ci est portée dans les locaux de la police. Les témoins sont donc le mis en cause et les policiers. Dans ce cas, c'est la parole de l'un contre la parole des autres. Il est évident que la parole des policiers pèse de tout son poids face à un individu qui se défend seul³⁵⁵. Sans doute, est-ce pour remédier à cette difficulté que la Cour européenne des droits de l'homme décide de « renverser » la charge de la preuve. Désormais, « lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible pour l'origine des blessures »³⁵⁶. La Cour européenne des droits de

³⁵¹ G. COHEN-JONATHAN, « Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme : Selmouni contre France (28 juillet 1999) », *RGDIP* 2000, p. 181 et s.

³⁵² F. SUDRE, « Torture et garde à vue : un arrêt de principe », *JCP* 1999, II, 10193.

³⁵³ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 96.

³⁵⁴ K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, n° 32 et s., p. 34 et s.

³⁵⁵ Cette situation est notamment constatée au Japon : E. SEIZELET, « La contrainte physique et l'aveu dans la procédure pénale japonaise contemporaine », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 805.

³⁵⁶ CEDH, 28 juil. 1999, Selmouni c/ France, § 87.

l'homme consacre une présomption de « causalité-responsabilité »³⁵⁷. L'état physique de la personne doit être le même lorsqu'elle est placée en garde à vue que lorsqu'elle est libérée. Si les blessures sont constatées à sa sortie, il incombe donc à l'Etat concerné d'apporter la preuve qu'il n'est pas responsable des blessures alléguées.

105.- Dans le prolongement de ces arrêts, ont émergé des mécanismes censés imposer le respect de l'intégrité physique et morale dans le droit interne. D'une part une personne placée en garde à vue a le droit de faire intervenir un médecin³⁵⁸ et de voir un avocat³⁵⁹. Ces professionnels jouent le rôle de témoin. Ils dissuadent ainsi les forces de police d'user de la violence. D'autre part la formation des agents de police est en constante amélioration. Le respect de la personne est l'une des règles fondamentales³⁶⁰. A cette fin, est mis en place un organe censé recueillir la plainte des personnes victimes de brutalités policières : l'inspection générale de police nationale³⁶¹ est amenée à procéder à des enquêtes. A leur tour, les forces de police sont contraintes de fournir des explications sur les faits allégués. Et, si elles sont reconnues responsables, une sanction administrative allant d'une suspension temporaire à une suspension définitive peut être prononcée. De plus, des poursuites pénales peuvent également être engagées. Ces mécanismes sont mis en place non seulement pour réprimer mais surtout pour prévenir le recours à la violence à travers le contrôle exercé à tous les niveaux. Toutefois, les rapports de l'ex Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS) montrent que ces pratiques n'ont pas disparu, mais elles sont le fait des policiers pris individuellement³⁶².

106.- Au niveau européen, la Convention du Conseil de l'Europe du 26 novembre 1987 a institué le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il a pour rôle la prévention de la torture et les mauvais traitements³⁶³. Pour ce faire, il peut visiter dans chaque Etat membre du conseil de l'Europe, tous les lieux où les personnes sont privées de liberté³⁶⁴. Il s'agit de s'assurer que la torture et

³⁵⁷ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Paradigme, 2012, p.44.

³⁵⁸ Article 63-3 du Code de procédure pénale.

³⁵⁹ Article 63-3-1 du Code de procédure pénale.

³⁶⁰ Le décret portant sur le Code de la déontologie policière

³⁶¹ Appelée la police des polices.

³⁶² CNDS, 2007, saisine 2005-40, p. 16.

³⁶³ L'article 1^{er} de la Convention dispose « il est institué un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

³⁶⁴ Article 2 de la Convention.

les mauvais traitements ne sont pas pratiqués. Le Comité établit différents types de rapports³⁶⁵ dans lesquels il formule des recommandations. Ensuite, ces rapports sont transmis à l'Etat concerné afin d'améliorer la situation des personnes privées de liberté. Il faut noter que ces rapports sont confidentiels pour faciliter une meilleure coopération d'une part des personnes privées de liberté et d'autre part des Etats³⁶⁶. Toutefois, en cas de refus de coopération ou d'amélioration de la situation en dépit des recommandations, le Comité peut faire une déclaration publique à ce sujet³⁶⁷. De fait, il existe une relation entre le Comité européen pour la prévention de la torture et la Cour européenne des droits de l'homme puisque « les décisions adoptées en vertu de la Convention guident le Comité et les constatations de ce dernier stimulent les dépôts de requête devant la Cour et peuvent même, dans certaines circonstances, influencer directement l'application de l'article 3 »³⁶⁸.

107.- Depuis les attentats du 11 septembre 2001, la question de la torture se trouve au centre de l'actualité. Le sentiment qu'elle ne peut être le fait que des Etats non démocratiques tend à disparaître³⁶⁹. Pour lutter contre le terrorisme, certains Etats de droit considèrent que l'usage de la torture comme moyen d'obtenir des aveux devrait être légalisé³⁷⁰. C'est oublier que le respect de la dignité humaine implique la protection de la personne contre toute forme de violence et ce quelle que soit la qualification juridique des faits.

2. La centralité de l'aveu comme facteur aggravant de l'erreur judiciaire

108.- L'aveu peut être défini comme « les déclarations par lesquelles la personne mise en cause reconnaît, en totalité ou en partie, le bien-fondé des accusations portées contre elle »³⁷¹.

³⁶⁵ Il existe 4 types de rapport : un rapport de visite où sont consignées toutes les observations. Un rapport intermédiaire remis par l'Etat montrant les mesures prises pour remédier à ces pratiques. Un rapport de suivi remis l'année suivante la visite établissant les actions entreprises depuis. Enfin un rapport général sur ses activités.

³⁶⁶ Article 11-1 de la Convention.

³⁶⁷ Article 10-2 de la Convention. Le Comité a fait deux déclarations publiques concernant la Turquie (12 décembre 1992 et 6 décembre 1996).

³⁶⁸ R. MORGAN et M. EVAANS, *Combattre la torture en Europe*, Conseil de l'Europe, mars 2002.

³⁶⁹ Military Commission Act du 29 septembre 2006 prévoit le fait dans certains cas de légaliser les aveux obtenus sous la torture envers des personnes qui ont elles-mêmes étaient auteurs de torture.

³⁷⁰ L'ancien Président des Etats-Unis G. BUSH Junior avait proposé un projet de loi autorisant la torture pour toute personne arrêtée pour terrorisme. Par ailleurs, il a été découvert que les Etats-Unis ont implanté des prisons secrètes dans des pays où la torture est pratiquée, dans le but de faire parler certaines personnes présumées terroristes

³⁷¹ G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, Société de législation comparée, 2006, p. 73 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, p. 234.

La reine des preuves, « *probatio probatissima* » de l'Ancien droit³⁷², l'aveu n'est plus qu'un élément de preuve comme les autres. Il est laissé à la libre appréciation du juge³⁷³. Cette liberté dans l'appréciation de la valeur probante de l'aveu implique sa divisibilité³⁷⁴. En cas de doute, le juge peut ainsi rejeter une partie des déclarations douteuses pour ne retenir que celles qui lui semblent probantes³⁷⁵. Il peut également condamner sur l'unique aveu ou relaxer la personne en présence de l'aveu. En ce sens, tout aveu n'est pas synonyme de culpabilité. Tout comme sa valeur probante, la rétractation de l'aveu est aussi laissée à la libre appréciation du juge³⁷⁶.

109.- Telle est du moins la théorie, la réalité diffère largement³⁷⁷. D'une part, pour la police judiciaire, l'aveu évite toute recherche³⁷⁸. Dès lors qu'elle croit en la culpabilité d'une personne, la tentation est grande d'obtenir l'aveu par n'importe quel moyen. C'est à partir de cet aveu obtenu que la police judiciaire procède à des investigations. Celles-ci consistent à corroborer les déclarations de ladite personne. Cette situation conduit à présenter au juge le « coupable idéal »³⁷⁹. D'autre part, devant le juge, l'aveu fait peser sur la personne une présomption de culpabilité. Naturellement, la Cour européenne des droits de l'homme considère que « l'aveu n'est recevable que s'il est établi qu'il a été fait spontanément »³⁸⁰. Alors que c'est normalement au ministère public qu'incombe de faire la preuve du caractère spontané de l'aveu, dans la pratique, la charge de la preuve pèse sur le mis en cause. S'il n'est établi pas que ses aveux ont été extorqués, ils seront tenus pour spontanés. Or, un indice, aussi décisif qu'il soit, doit s'apprécier au regard des différents éléments rapportés par l'enquête. L'aveu devrait donc apparaître devant le juge comme une preuve ordinaire. Sans

³⁷² F. DEBOVE, « L'aveu », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 347 ; C. AMBOISE-CASTEROT, « Aveu », *Rép. Pén. Dalloz*, 2004.

³⁷³ Article 428 du Code de procédure pénale.

³⁷⁴ Le juge peut trouver la preuve de l'inexactitude partielle d'un aveu dans la contradiction et l'in vraisemblance des déclarations successives du prévenu : Cass. crim., 17 juil. 1947, *JCP* 1947, II, 3868 ; 3 mai 1966, *JCP* 1966. IV. 87 ; Cass. crim., 13 mars 1973, *Bull. crim.*, 1973, n° 123.

³⁷⁵ Cass. crim., 15 janv. 1957, *Bull. crim.*, n° 48 ; Cass. crim., 20 mars 1974, *Bull. crim.*, n° 123.

³⁷⁶ Cass. crim., 28 juil. 1881, S. 488, *D.* 1882, 1, 185 ; Cass. crim., 19 août 1841, *Bull. crim.*, n° 252 ; Cass. crim., 5 févr. 1959, *Bull. crim.*, n° 89 ; Cass. crim., 19 mars 1956, *Bull. crim.*, n° 276 ; Cass. crim., 24 mai 1933, *Gaz. Pal.* 1933. I. 1022 ; Cass. crim., 28 oct. 1948, *D.* 1948, Jur. 569.

³⁷⁷ H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve : aspects actuels en France », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 26 ; G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, Société de législation comparée, 2006, p. 73 et s.

³⁷⁸ J. VERGES, *Les erreurs judiciaires*, PUF, 2002, p. 56.

³⁷⁹ Exemple : affaire MARC MACHIN, où ce dernier avoue le meurtre d'une femme sur le pont de Neuilly, puis se rétracte. Mais il est quand même condamné en 2002 à 18 ans de réclusion criminelle. Il est libéré le 7 octobre 2008 en bénéficiant d'une suspension de peine car un homme s'est accusé du meurtre. Et l'enquête a permis de retrouver son ADN sur le corps de la victime.

³⁸⁰ CEDH. 13 oct. 1983, G c/ Royaume- Uni, *DR* 35, p. 85.

doute, peut-on craindre qu'il emporte plus aisément la conviction du juge plus sensible à cet élément³⁸¹. En effet, l'aveu rassure la conscience du juge³⁸² et dissipe sa crainte d'une erreur judiciaire dans le prononcé d'une condamnation.

110.- Quoi qu'il en soit, l'aveu est un moyen de preuve faillible comme les autres³⁸³. Il doit faire l'objet d'une particulière attention. Certaines personnes (atteintes des troubles pathologiques, des jeunes enfants ou la volonté de protéger le vrai coupable ou encore la lassitude) peuvent être conduites à faire de faux aveux³⁸⁴. On ne saurait oublier l'affaire d'Outreau où la parole d'une personne a suffi à entraîner la conviction de la culpabilité d'autres personnes³⁸⁵. Ce qui pose la question de la fiabilité des déclarations ; même s'il paraît spontané, l'aveu peut être mensonger et conduire ainsi à un véritable dysfonctionnement judiciaire³⁸⁶.

111.- A la vérité, l'aveu devrait être considéré comme un simple témoignage avec nécessité de vérification au même titre qu'une plainte. Il ne pourrait emporter la conviction que s'il est corroboré par d'autres éléments matériels. Cela implique qu'en l'absence de ces éléments complémentaires, le juge s'abstient de prononcer une condamnation sur le seul aveu. Sans doute, il serait préférable qu'il applique la règle existant dans le système de Common law selon laquelle le tribunal est obligé de refuser les éléments de preuve qui ont été obtenus soit par la contrainte, soit en conséquence d'un comportement ayant tendance à rendre l'aveu d'un suspect moins crédible³⁸⁷. En d'autres termes, le contexte de l'obtention de l'aveu est déterminant pour sa recevabilité. L'aveu ne peut s'acquérir à n'importe quel prix, certains

³⁸¹ L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de la procédure pénale*, 3^{ème} éd., éd. Desvigne, 1952, n° 207 et s.

³⁸² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 184, p. 234 ; J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990, n° 404.

³⁸³ M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, p. 234.

³⁸⁴ P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 1969, n° 1226, p. 1163 : « Il ya des aveux volontairement ou involontairement mensongers : aveux de psychopathes, d'hystériques, atteints de la manie de l'auto-accusation ; aveux de prisonniers, désireux de retarder par de pseudo-révélation le moment de leur jugement, ou qui cherchent à obtenir le transfert d'une prison dans une autre ; aveux de jactance, relatifs à des infractions qui excitent la curiosité publique ». Ainsi, l'aveu transforme la conviction du juge en une erreur judiciaire. Ainsi, Monsieur Verges, dans son ouvrage intitulé les erreurs judiciaires consacre tout un chapitre à des erreurs judiciaires liées à la culture de l'aveu. Il est intéressant d'observer que nombreuses sont les affaires dans lesquelles malgré la flagrance dans la décharge de l'innocent, la religion de l'aveu conduit à la conviction de la culpabilité : J. VERGES, *Les erreurs judiciaires*, PUF, 2002, p. 31.

³⁸⁵ CH. LAZERGES, « Réflexion sur l'erreur judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 709.

³⁸⁶ L'affaire d'Outreau est un exemple de ce dysfonctionnement judiciaire.

³⁸⁷ Article 76 a de Police and criminal Evidence act 1984.

agissements sont interdits. Le non respect des exigences légales, à savoir les conditions de son obtention est de nature à rendre l'aveu irrecevable.

112.- Malgré la fragilité de l'aveu, le choix du législateur est de lui accorder une place considérable. C'est ainsi que l'aveu revêt une importance capitale dans le prononcé de la sanction. Dans le système de Common law, l'application du plea bargaining, guilty plea³⁸⁸ est subordonnée à la reconnaissance préalable des faits. En contrepartie, la personne mise en cause négocie la peine. En France, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité généralise la procédure dite « composition pénale »³⁸⁹ et institue la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité³⁹⁰. Si la personne mise en cause reconnaît sa culpabilité, elle peut en échange bénéficier d'une réduction de peine³⁹¹. L'aveu reste donc une preuve incontournable³⁹². Il permet désormais de déclencher un jugement sans procès³⁹³. Dès lors, l'objet du procès pénal n'est plus la manifestation de la vérité, mais la reconnaissance de la culpabilité. L'aveu, dans ce cas

³⁸⁸ Communément appelé le plaider coupable. B. NIANG, *Le plaider coupable, étude comparative France/ Etats-Unis*, Thèse, Paris I, 2009, p. 75.

³⁸⁹ Article 41-2 du Code de procédure pénale ; J. PRADEL, « Une consécration du plea bargaining à la française ; la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, chron. p. 379 ; J. HEDERER, « Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance », *AJ Pén.* 2003, p. 53 ; J. DANET et S. GRUNVALD, « Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ Pén.* 2004, p. 196 ; PH. MILBURN, CH. MOUHANNA et V. PERROCHEAU, « Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale », *Arch. pol. crim.* 2005, n° 27, p. 151 ; A. BUREAU, « Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale », *Arch. pol. crim.* 2005, n° 27, p. 132 ; J. VOLFF, « La composition pénale : un essai manqué ! », *Gaz. Pal.* 2000, doct., p. 560 ; J.-D. REGNAULT, « Composition pénale : l'exemple du Tribunal de Cambrai », *AJ Pén.* 2003, p. 55.

³⁹⁰ Article 495-5 du Code de procédure pénale ; J. PRADEL, « Défense du plaidoyer de culpabilité », *JCP* 2004, n° 58 ; G. AYACHE, « A quoi bon !!! (à propos du plaider coupable) », *D.* 2004, p. 356 ; D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, p. 2517 ; P.-Y. DELAGE, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.* 2005, p. 1970 ; A. GIUDICELLI, « Repenser le plaider coupable », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 592 ; H. JUNG, « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 808 ; F. MOLINS, « Plaidoyer pour le « plaider-coupable » : des vertus d'une peine négociée », *AJ Pén.* 2003, p. 61 ; J.-P. CERE et P. REMILLIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ Pén.* 2003, p. 45 ; J. DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ Pén.* 2005, p. 433.

³⁹¹ M.-J. ARCAUTE-DESCAZEUX, *L'aveu, essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, Thèse, Toulouse I, 1998, p. 125.

³⁹² E. MATHIAS, « Alternatives punitives consensuelles : leurres et travers de la répression volontaire », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2006, n° 245, p. 2 ; M. BENILLOUCHE, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, Thèse, Paris I, 2001, n° 462.

³⁹³ S.- C. THAMAN, « L'auto condamnation dans la procédure pénale : la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 939 et s ; E. MATHIAS, « Alternatives punitives consensuelles : leurres et travers de la répression volontaire », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2006, n° 245, p. 5.

particulier, demeure la « reine des preuves »³⁹⁴ dans la mesure où elle est la preuve susceptible d'entraîner le prononcé d'une sanction.

113.- Parce que le travail de la police judiciaire dans le recueil de la preuve doit inspirer confiance, les méthodes susceptibles de mettre à mal la vérité ne sont pas admises. Aucune place ne doit être laissée à la violence physique ou morale³⁹⁵. Il est vrai que l'importance de la dignité humaine protège toute personne. Cette protection peut aller à l'encontre même de la personne³⁹⁶, en ce sens la dignité s'impose à la personne. Si elle dispose d'une libre disposition de son corps, la dignité apparaît comme une limite à cette libre disposition. Il appartient dès lors à la société, par l'intermédiaire du législateur, d'interdire l'investigation corporelle

§2. L'interdiction de l'investigation corporelle

114.- Le corps humain est inviolable³⁹⁷. Ce principe n'est pas absolu³⁹⁸ et seule la loi peut y déroger³⁹⁹. En l'absence d'une dérogation législative, le corps humain fait l'objet d'une protection sans faille. Les procédés n'ayant reçu aucune autorisation ne peuvent être utilisés. Tel est le cas des techniques qui constituent le viol de l'inconscient (A). Par ailleurs, la participation active de la personne concernée avec ou sans son consentement pose la question du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (B).

A. Le viol de l'inconscient

115.- La dignité humaine interdit l'utilisation de procédés susceptibles d'atténuer voire de supprimer la volonté de la personne. Toute personne interrogée doit disposer de toutes ses facultés. Le concours qu'elle prête à la manifestation de la vérité ne peut se faire sans son libre arbitre. Il va sans dire que dans le recueil de la preuve, la police judiciaire ne peut faire usage des techniques qui s'immiscent dans le for intérieur de l'individu (1), laquelle immixtion aurait pour finalité de retourner dans le passé (2).

³⁹⁴ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 187.

³⁹⁵ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 547, p. 431.

³⁹⁶ CE, ass., 27 oct. 1995, Ville d' Aix-en-Provence, *RFD adm.* 1995, p. 1204, concl. M. FRYDMAN ; *JCP* 1996, II, n° 22630, note F. HAMON ; *D.* 1996, Jur. p. 177, note LEBRETON.

³⁹⁷ Article 16-1 du Code civil.

³⁹⁸ C. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *JCP* 1994, I, 3788.

³⁹⁹ Article 16-3 du Code civil.

1. L'immixtion dans le for intérieur

116.- Avec ces procédés, c'est la croyance qu'il est possible de faire retrouver la mémoire à une personne qui sera capable de dire avec exactitude des faits du passé. Les déclarations obtenues, suite à l'usage de ces techniques, ne sauraient constituer la preuve de l'infraction dans la mesure où nul ne serait en mesure de vérifier la véracité des confidences recueillies. Ce qui explique le rejet de l'hypnose (a), de la narco-analyse (b) et de détecteur de mensonges (c).

a. L'hypnose

117.- L'hypnose peut se définir comme « un état proche du sommeil caractérisé par un abaissement du niveau de conscience, une régression des fonctions de base de la personnalité (notamment de la volonté et de l'effectivité) et surtout une élévation de la suggestibilité. Elle peut être provoquée par des procédés mécaniques consistant en une fixation du regard sur un objet brillant et en suggestions verbales, ce qui suppose une certaine acceptation du sujet à se soumettre à l'opération, mais elle peut aussi être obtenue par des procédés chimiques et notamment par l'injection de barbituriques tels que le penthotal »⁴⁰⁰. A cet égard, elle apparaît comme une forme de sommeil, un état d'inconscience. Comme à l'état normal la personne concernée ne se souvient plus de rien, on espère que l'état dans lequel elle est placée permette de réactiver la mémoire. Cela implique une confiance quasi « aveugle » dans les dires de la personne puisqu'il est quasiment impossible de savoir si les déclarations de la personne hypnotisée sont exactes ou si elles sortent seulement de l'imagination. Par ailleurs, l'hypnose peut provoquer une amnésie. Il arrive souvent que la personne ne se souvienne même pas d'avoir tenu ces propos. Cet oubli légitime le rejet d'un tel procédé. Un juge d'instruction s'est vu retirer une affaire pour avoir recouru à l'hypnose⁴⁰¹. Malgré cet avertissement, la volonté de certains juges d'instruction de recourir à cette méthode conduit la Chambre criminelle de la Cour de cassation à proscrire de manière stricte l'hypnose.

118.- Tout d'abord, la question s'est posée dans une espèce où un juge d'instruction avait fait procéder, sur commission rogatoire, à l'audition par les gendarmes d'un témoin qui avait été

⁴⁰⁰ J.-P. DOUCET, note sous Versailles, 13 mai 1970, *Gaz. Pal.* 1971, I, 34.

⁴⁰¹ Affaire des lettres anonymes de Tulle : Décret du 26 janvier 1922, *JORF* 27 janv. 1922 ; A. MELLOR, « Vers un renouvellement du problème de l'hypnose en droit criminel », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 371 ; G. LEVASSEUR, « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité », *RIDP* 1972, p. 320.

placé, avec son consentement, sous hypnose par un hypnologue. Le recours à l'hypnose avait pour finalité d'activer la mémoire du témoin sur des faits précis. La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que l'utilisation de l'hypnose contrevient aux dispositions légales relatives au mode d'administration de preuve (articles 81, 101 à 109 du Code de procédure pénale) et par là, compromet l'exercice des droits de la défense⁴⁰². A travers cette solution, c'est le principe même de l'utilisation de cette technique qui est prohibé. Le consentement de la personne soumise à celle-ci n'a aucune incidence. Or, certains auteurs considèrent que la licéité de l'hypnose doit être subordonnée au consentement de la personne concernée⁴⁰³. Dès lors qu'elle diminue la libre volonté, l'absence de consentement fait obstacle à son utilisation. *De facto*, le consentement justifie l'aliénation de sa liberté au profit de la vérité en l'absence de toute dérogation législative. Cette position n'est pas satisfaisante. La solution de la Chambre criminelle de la Cour de cassation mérite approbation. En ce sens, la Haute juridiction confirme le principe selon lequel l'inviolabilité du corps humain s'impose à toute personne. Toute atteinte doit faire l'objet d'une dérogation par la loi. Force est de constater que l'hypnose n'a aucunement été autorisée part le législateur.

119.- Reste que l'hypnose est parfaitement intégrée dans d'autres pays, notamment aux Etats-Unis et au Canada où elle sert principalement à aider le témoin dans son effort de mémoire. Il est à noter que le taux d'élucidation des investigations par ce moyen est relativement encourageant⁴⁰⁴. Un auteur propose son introduction dans le système français avec toutefois certaines conditions : il ne faut pas l'employer sur des suspects ou des témoins susceptibles d'être appelés à témoigner dans le procès. Ce ne doit pas être une forme d'interrogatoire devant le tribunal. Il ne doit servir qu'aux enquêteurs et se fondre dans la construction d'un ensemble de preuves objectives dont la crédibilité doit être indépendante de son apport spécifique⁴⁰⁵. Malgré cette tentative de démystification, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a réaffirmé le principe de l'interdiction de l'hypnose⁴⁰⁶. Dans cette affaire, il s'agissait d'une personne suspectée du meurtre de sa femme, placée en garde à vue, ayant été

⁴⁰² Cass. crim., 12 déc. 2000, Bull. crim. , n° 369 ; *D.* 2001, p. 1340, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING ; *JCP* 2001, II, 10495, C. PUIGELIER ; *Dr. pén.* mars 2001, n° 38, A. MARON ; *Rev. sc. crim.* 2001, A. GUIDICELLI, p. 610 ; *Procédures* 2001, comm. p. 70, obs. J. BUISSON.

⁴⁰³ V. GAMBIER, « La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française », *Dr. pén.* 1992, chron. , n° 66.

⁴⁰⁴ J. SUSINI, « L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromatiques? », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 915.

⁴⁰⁵ J. SUSINI, « L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromatiques? », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 918.

⁴⁰⁶ Cass. crim., 28 nov. 2001, Bull. crim., n° 247 ; *D.* 2002, IR, p. 372.

auditionnée sous hypnose réalisée sous couvert d'une mission d'expertise. Il est évident que l'hypnose ne peut être utilisée sur un suspect qui dispose de la faculté de mentir ou de se taire⁴⁰⁷. Il appartient alors aux policiers de vérifier la véracité des faits rapportés. Dans ce contexte, l'emploi de cette technique élude ces possibilités.

120.- Bien des raisons justifient le rejet de cette technique. La doctrine a depuis longtemps et unanimement proscrit son usage⁴⁰⁸. Pour l'heure, des voix discordantes s'élèvent pour promouvoir les bienfaits de l'hypnose. L'idée principale repose sur le fait qu'elle contribue à faciliter les enquêtes⁴⁰⁹. Nous ne pouvons, comme la majorité de la doctrine, que désapprouver cette position. L'hypnose ne constitue pas une méthode fiable dans la recherche de la vérité. Elle laisse subsister des interrogations multiples et pose la question de l'immixtion dans le for intérieur. Aucune importance ne peut être accordée à ce « déballage »⁴¹⁰. C'est dans ce même esprit que l'utilisation de la narco-analyse est également proscrite.

b. La narco-analyse

121.- La narco-analyse consiste en une psychanalyse accélérée par l'emploi de substances chimiques, dite vulgairement « sérum de vérité »⁴¹¹. En d'autres termes, pour procéder à un interrogatoire sur les faits qui lui sont reprochés, il convient d'injecter au mis en cause un produit : le penthotal. Dans la seconde qui suit, la personne est plongée dans un état de sommeil. Cela n'empêche pas qu'elle soit susceptible de répondre aux questions posées. La personne est privée de tout contrôle⁴¹², et cette suppression voulue du libre arbitre remet en

⁴⁰⁷ D. MAYER et J.-F. CHASSAING, « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », *D.* 2001, p. 1343 ; J. RAVANAS, « L'immixtion arbitraire dans la vie privée », *D.* 1997, chron. p. 7 ; J. LEAUTE, « Les procédés nouveaux de l'investigation et la protection des droits de la défense », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 19.

⁴⁰⁸ C. PUIGELIER, « L'impossibilité pour un juge d'instruction de recourir à l'hypnose », note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, *JCP* 2001. II. 10495, p. 611 ; « Science et droit : réflexion sur un malentendu », *JCP N* 2004, n° 31, 30 juil. 1386 ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 186 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2012, n° 148, p. 120.

⁴⁰⁹ D. MAYER et J.-F. CHASSAING, « y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, *D.* 2001, p. 1343 : « le refus de toute utilisation de l'hypnose nous paraît même contraire aux droits de la défense lorsque la demande d'investigation sous hypnose concernant la personne poursuivie émane d'elle-même » ; J. SUSINI, « L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromatiques », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 916 ; A. MELLOR, « Vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 377.

⁴¹⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 155, p. 197 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, p. 135.

⁴¹¹ J. LARGUIER, *Procédure pénale*, PUF, 2008, p. 43.

⁴¹² J. GRAVEN, « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 313 et ss ; E. ALAUZE, « La narco-analyse devant la justice », *Gaz. Pal.* 1949, 1, doct. p. 37 ; G. HEUYER,

cause le droit au silence. De ce fait, elle ne peut recevoir aucune approbation. On comprend alors la décision de la cour d'appel d'Aix-en-provence qui affirme que la narco-analyse constitue un procédé « qui répugne à la conscience car il traite l'être humain en animal de laboratoire et ressuscite l'ancienne torture »⁴¹³. Cette technique fait appel au corps humain dans la recherche de la preuve. Or, la dignité humaine interdit toute atteinte à l'intégrité physique. Cette exigence se justifie par le fait que l'emploi d'une substance dans le but d'obtenir l'aveu s'immisce dans le for intérieur de la personne concernée⁴¹⁴. La doctrine proscrit majoritairement l'usage de la narco-analyse ; elle estime qu'elle porte atteinte à la dignité humaine⁴¹⁵. Cette position mérite approbation.

122.- Toutefois, il n'en est pas de même dans d'autres pays. Aux Etats-Unis, l'utilisation de la narco-analyse est subordonnée au consentement de la personne dont l'objet est la décharge de l'innocent⁴¹⁶. Il est vrai qu'un innocent comme un policier préfère l'utilisation de tous les moyens possibles pour prouver pour l'un son innocence et pour l'autre la culpabilité. Le consentement serait, croit-on, plus facilement donné par un innocent que par une personne refusant l'immixtion dans son for intérieur. Le refus de consentement serait interprété défavorablement⁴¹⁷. Par ailleurs, cette technique est un obstacle à la faculté de mentir⁴¹⁸. Précisément, l'injection de penthotal supprime cette faculté. La personne devient un objet, « une loque humaine »⁴¹⁹ à la disposition totale de la police judiciaire. Ses déclarations ne peuvent être prises pour aveu. Dès lors que la personne n'a plus ni conscience ni volonté, elle

« Narco-analyse et narco-diagnostic », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 7 et s ; R. VOUIN, « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D.* 1949, chron. p. 101 et s ; J. FAUCHER, « Narcose et justice », *RPDP* 1950, p. 3.

⁴¹³ Aix-en-Provence, 8 mars 1961, *Rev. Sûreté nationale*, mars-mai 1961, p. 48.

⁴¹⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 155, p. 197 ; LAURET et LASIERRA, *La torture propre*, Grasset, 1975.

⁴¹⁵ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, p. 718 et s ; M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, p. 228 et s ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 186. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 155, p. 196 à 197 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 118 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, p. 331 et s ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « La justice française et l'emploi du penthotal », *RIDP* 1949, 2 et ss ; R. VOUIN, « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D.* 1949, chron. p. 101 ; VIBERT, « Le point de vue de la police sur les méthodes scientifiques de l'interrogatoire », *RI DP* 1949, p. 245 ; G. HEUYER, « Narco-analyse et narco-diagnostic », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 7 ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, procédure pénale*, Dalloz, 1969, n° 1185, p. 1131 à 1132.

⁴¹⁶ R. M., « La narco-analyse et la jurisprudence des tribunaux américains », *Rev. sc. crim.* 1960, p. 138 et s.

⁴¹⁷ M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, p.228.

⁴¹⁸ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 211, p. 332 : « abolissant la volonté du sujet celle-ci aurait pour effet de le priver de la faculté de mentir ce qui est, en soi inacceptable ».

⁴¹⁹ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 155, p. 197.

est privée de toutes ses facultés. D'ailleurs, c'est pour ces raisons que la jurisprudence belge proscrit aussi bien la narco-analyse que le narco-diagnostic⁴²⁰.

123.- Le narco-diagnostic est permis en France⁴²¹. Il peut être défini comme une opération consistant à pratiquer sur la personne mise en cause une injection de penthotal destinée uniquement à déterminer un diagnostic sur l'état réel ou supposé de la personne. Il ne s'agit donc pas d'une technique tendant à l'obtention de l'aveu, mais d'une expertise médicale permettant de faire soit la lumière sur la personnalité soit de déceler la simulation⁴²². Cette expertise est nécessaire à la personnalisation de la peine. Selon que le libre arbitre est total ou partiel, la responsabilité pénale est pleine ou atténuée. Cette technique permet de déjouer toute tentative de ruses et de déceler la simulation dans le but de bénéficier d'une exonération de la responsabilité. Grâce à l'étude de la personnalité du mis en cause, le juge est en mesure de cerner la personne qui est en face de lui. Ainsi, ce procédé éclaire non seulement les débats mais aussi les raisons du passage à l'acte. Nous ne pouvons qu'approuver cette technique. Tel n'est pas le cas de détecteur de mensonge.

c. *Le détecteur de mensonge*

124.- Autrement appelé polygraphe⁴²³, lie detector, le détecteur de mensonge est composé d'un ensemble d'appareils destiné à amplifier et à enregistrer les réactions émotionnelles d'un sujet interrogé. La confrontation des courbes obtenues et des questions posées permet, assure-t-on, de déceler les réponses mensongères⁴²⁴. Ce sont les variations du rythme cardiaque et de la sudation qui déterminent l'état émotif. L'individu est « confondu » par la courbe de sa pression sanguine. Selon qu'il ment ou dit la vérité, la courbe augmente ou baisse. A partir de ces observations, le mis en cause est contraint de s'expliquer. Cette technique est très développée aux Etats-Unis⁴²⁵. Il est à noter qu'elle n'est pas seulement réservée à la police

⁴²⁰ M. ESSAID, *La présomption d'innocence*, Thèse, Paris, 1971, p. 211 ; J. BOUCIQUE, « La Narco-analyse », *Revue belge de droit pénal*, 1960, p. 330.

⁴²¹ Alger, 18 déc. 1949, *D.* 1949, P. 382, note R. Vouin ; Trib. Corr. Seine, 23 fév. 1949, S. 1950. 2. 149, note Légal, *JCP* 1949. II. 4786, note R. V.

⁴²² H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, p. 720 et s.

⁴²³ S. CLEMENT, « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », *RICPT* 2004, p. 55 et s.

⁴²⁴ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, 1964, p.158.

⁴²⁵ J.-J. PALMATIER, « Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonge ? Un point de vue des Etats-Unis », *AJ Pén.* 2008, p. 124 ; J. SUSINI, « La détection du mensonge par la police », *Rev. sc. crim.* 1953, p. 137 et s ; « Un chapitre nouveau de police scientifique : la détection objective du mensonge », *Rev. sc. crim.* 1960, p. 326 et s ; « La polygraphie du mensonge en 1983 », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 521 et s ; G. MAUDET, « Le polygraphe et son utilisation en justice », *RICPT* 1959, p. 298 ; R. LECHAT, « Réflexions au sujet du polygraphe », *RICPT* 1960, p. 121.

judiciaire. Bien des entreprises privées, notamment les banques y ont recours pour confondre les salariés auteurs ou complices de détournements de fonds.

125.- Le détecteur permet simplement de déceler les réponses mensongères, insuffisantes à établir la culpabilité de la personne. Or, un mensonge peut être interprété comme un aveu⁴²⁶. Une personne qui ment est parfois présumée coupable. Son usage aux Etats-Unis confirme cette présomption. Malgré des résultats encourageants suite à son utilisation⁴²⁷, le détecteur de mensonges pose de sérieux problèmes. Les déclarations obtenues ont une valeur probante incertaine. Une personne peut avoir une capacité élevée à masquer ses émotions et ainsi créer l'illusion de la vérité. En ce sens, une personne aguerrie, connaissant parfaitement cette technique, peut se préparer à l'avance et résister devant l'appareil, contribuant ainsi à biaiser les résultats. Alors qu'un innocent, pris d'une certaine angoisse, peut perdre ses moyens. Cette perte de contrôle peut aboutir à une augmentation de sa tension, par là même à une augmentation de la courbe respiratoire⁴²⁸. Il apparaît donc que cet appareil est d'une fiabilité incertaine. Pourtant, en cas de résultat positif, le détecteur de mensonge fait peser sur l'individu une présomption de culpabilité⁴²⁹. Il lui appartient alors de prouver son innocence. Le détecteur de mensonge apparaît comme un moyen permettant d'innocenter ou de faire condamner une personne.

126.- Jusqu'alors, la jurisprudence française n'est pas véritablement saisie de la question de la compatibilité du détecteur de mensonge avec les dispositions légales. Elle interdit cependant de faire prêter serment la personne mise en cause⁴³⁰. Cette solution est somme toute logique dans la mesure où la personne mise en cause bénéficie du droit au silence et de la faculté de

⁴²⁶ G. CLEMENT, « Le secret de la preuve pénale », in *Mélanges BOULOC. Le droit et les droits*, Dalloz, 2007, p. 190 : « il en est de même du mensonge qui peut être interprété comme un aveu implicite de culpabilité ».

⁴²⁷ F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode critique*, Sirey Paris, 1947, p. 10 et s ; J. GRAVEN, « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 331.

⁴²⁸ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 211, p. 332 : « bon instrument d'analyse de l'émotivité, ce système doit cependant être exclu à titre de preuve ou présomption pénale car, d'une part, un sujet spécialement émotif peut déclencher l'enregistrement par l'appareil sans qu'il y ait mensonge de même qu'un sujet parfaitement maître de lui peut mentir sans que cela soit repéré. Même fiable, au surplus, l'appareil aurait l'inconvénient de révéler des signes qui ne sont pas sous la domination de la volonté du sujet interrogé ce qui est contraire au droit élémentaire de se défendre » ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 894, p. 722.

⁴²⁹ W. P.-J. POMPE, « La preuve en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1961, p. 269.

⁴³⁰ Cass. crim., 21 août 1879, Bull. crim., n° 162 ; D. MAYER et J.-F. CHASSAING, « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », *D.* 2001, p. 1342 : « la prestation de serment est donc incompatible avec tout procédé tendant à annihiler le contrôle de la parole, qui est nécessairement et seulement exploratoire ».

mentir⁴³¹. Dès lors, l'usage d'un détecteur de mensonge sur la personne mise en cause porte atteinte à son droit au silence et à la faculté de mentir. Etant donné que l'objet de cet appareil est la détection de mensonges, il se trouve alors en porte-à-faux avec l'exercice des droits de la défense⁴³². Le mensonge est un moyen de défense comme un autre⁴³³, par conséquent, le détecteur de mensonge ne peut être utilisé sur la personne mise en cause. En revanche, le détecteur de mensonge peut être très utile sur un témoin. Celui-ci est obligé, de par son serment, de dire la vérité⁴³⁴. Ce serment l'engage pénalement⁴³⁵. Pour vérifier la véracité de ses propos, la police judiciaire serait amenée à user du détecteur de mensonge. Le détecteur de mensonge est davantage perçu comme un procédé permettant de confondre la personne mise en cause, mais l'atteinte qu'il porte aux droits de la défense s'oppose à son recours.

127.- La doctrine est de ce fait très réticente. Elle s'accorde majoritairement à proscrire l'emploi du détecteur de mensonge au nom de l'absence de valeur scientifique absolue, l'atteinte à l'intimité et aux droits de la défense⁴³⁶. Malgré cette vive hostilité, certains auteurs estiment que l'on ne peut se passer d'un tel procédé qui permet d'obtenir des résultats spectaculaires en rendant service à la justice⁴³⁷. D'autres encore l'admettent comme un simple moyen mis à la disposition de la police : il ne peut servir qu'à l'enquête de la police et non comme un moyen de preuve pouvant être évoqué devant le tribunal⁴³⁸. En dépit de cet encadrement, le libre exercice de la défense s'oppose au recours au détecteur de mensonge dans la recherche de la vérité. Son admission exige la suppression pour la personne mise en cause de son droit au silence et de la faculté de mentir. De fait, le mis en cause prêterait

⁴³¹ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 164.

⁴³² R. LECHAT, « Réflexions au sujet du polygraphe », *RICPT* 1960, p. 121.

⁴³³ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 52, p. 74 ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p.157 ; D. MAYER et J.-F. CHASSAING, « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? » *D.* 2001, p. 1340.

⁴³⁴ Articles 103 et 153 du Code de procédure pénale pour instruction ; articles 331, alinéa 3 et 446 du Code de procédure pénale pour le jugement.

⁴³⁵ Articles 434-13 et 434-14 du Code pénal.

⁴³⁶ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 155 et ss ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, p. 332 ; M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, n° 325, p. 228 ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 894, p. 722 ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 186.

⁴³⁷ F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice essai d'une méthode critique*, Sirey, Paris, 1947, p. 15 : « un procédé (...) qui permet d'obtenir de tels résultats, mérite incontestablement qu'on y accorde quelque attention. Il n'y a pas de raison pour que ce qui réussit en Amérique ne puisse aussi rendre des services sur notre vieux continent, où dame Justice confond trop tradition avec routine, tandis que les malfaiteurs se tiennent à l'affût de tous les moyens offerts par le progrès scientifique ».

⁴³⁸ J. SUSINI, « Un chapitre nouveau de police scientifique : la détection objective du mensonge », *Rev. sc. crim.* 1960, p. 326 ; « Place et portée du polygraphe dans la recherche judiciaire de la vérité », *RIDP* 1972. 255 et s ; voir également G. LEVASSEUR, Rapport au colloque d'Abidjan, *RIDP* 1972, n° 3 et 4, p. 336. Selon cet auteur, le juge peut autoriser son usage après un débat contradictoire.

serment de dire la vérité et le mensonge constituerait une infraction pénale⁴³⁹. Quoi qu'il en soit, le manque de sérieux⁴⁴⁰ de ce procédé commande son rejet : l'apparence d'une certitude peut s'avérer trompeuse.

En définitive, il semble indéniable que la dignité humaine se traduit par l'impossibilité de porter atteinte à l'intégrité du corps. Or, ce procédé « implique un quasi- cambriolage dans le for intérieur »⁴⁴¹ en fracturant la conscience⁴⁴². La personne devant y être soumise est contrainte. En dépit de progrès scientifique, il est indispensable de proscrire de manière absolue toutes les méthodes diminuant la volonté. Du fait même du but poursuivi, ces méthodes ont pour finalité de remonter le temps, seul moyen dit-on de faire émerger la vérité.

2. Le retour dans le passé

128.- Le probable recours à ces techniques jetterait un discrédit certain sur les institutions policières et judiciaires. Celles-ci ne sont prises au sérieux que si elles s'appuient sur des techniques fiables. Or, il s'avère que le résultat est incertain voire erroné. Pourtant, certains auteurs font savoir que la lutte contre la délinquance justifie leur utilisation. Ils estiment que « si la justice persiste à demeurer en arrière, elle sera définitivement distancée par les malfaiteurs qui n'hésitent pas, eux à profiter des dernières découvertes scientifiques »⁴⁴³. D'autant plus que « la justice pénale sanctionne les graves atteintes à l'intérêt général, et pour défendre cet intérêt général, elle doit disposer de moyens particulièrement efficaces, d'où l'on peut déduire que plus grand est le péril à l'intérêt général, plus les procédés scientifiques utilisables pourront être contraignants. Entre l'atteinte (très réduite) aux droits de l'homme d'un individu et l'atteinte à l'ordre social, il faut choisir le moindre »⁴⁴⁴. Il est dangereux de penser que la lutte contre la délinquance justifie le recours à tous les procédés, y compris ceux qui consistent à briser les résistances de la personne mise en cause afin de l'obliger à avouer⁴⁴⁵. Les droits fondamentaux ne sauraient être une variable d'ajustement. En raison du

⁴³⁹ Or, l'obligation par l'inculpé de prêter serment de dire la vérité a été abrogée par le décret des 8 et 9 octobre 1789.

⁴⁴⁰ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 211, p. 331.

⁴⁴¹ W.P.-J. POMPE, « La preuve en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1961, p. 269.

⁴⁴² P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, procédure pénale*, Dalloz, 1969, n° 1185, p. 1132.

⁴⁴³ J. LARGUIER, *Procédure pénale*, 13^{ème} éd., PUF, 2007, p. 44.

⁴⁴⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 472, p. 429.

⁴⁴⁵ C. AMBOISE-CASTEROT et PH. BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, 2011, n° 292, p. 197.

droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, nul ne peut être contraint de fournir la preuve de sa culpabilité.

B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer

129.- En vertu de la présomption d'innocence, le fardeau de la preuve repose sur le poursuivant⁴⁴⁶. Celui-ci doit apporter la preuve de la culpabilité. Cela signifie que la personne mise en cause n'a pas la charge de prouver son innocence, elle n'est donc pas tenue de collaborer⁴⁴⁷. Elle peut embrasser un comportement passif ou décider d'y renoncer et ce en toute connaissance de cause. L'intime conviction du juge l'incite à parler, souvent, pour se dédouaner de sa responsabilité⁴⁴⁸. Il n'en demeure pas moins que la police judiciaire ne peut recourir à des éléments de preuves obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté du mis en cause.

130.- Corollaire du droit au silence, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination apparaît comme la manifestation externe de la présomption d'innocence. Il en résulte que la personne mise en cause ne peut être contrainte de fournir la preuve de sa participation à l'infraction(1). Ce droit connaît une évolution à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui l'étend désormais au corps de la personne(2).

1. Le refus de donner des preuves contre soi-même par son corps

131.- Ce droit figure expressément dans le pacte sur les droits civils et politiques⁴⁴⁹, mais il n'est pas inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne

⁴⁴⁶ J. DENIZART, *La charge de la preuve en matière pénale*, Thèse, Lille, 1956, p. 40 ; F. FOROUFANI, *Le fardeau de la preuve en matière pénale*, Thèse, Paris, 1977, p. 35 et s.

⁴⁴⁷ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 50, p. 73 : « le droit à la non incrimination(...) revient en pratique à dispenser la personne faisant l'objet d'investigation de collaborer loyalement mais contre son gré à la découverte de la vérité.... » ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 156 : « le suspect n'est pas tenu par un devoir de collaborer avec les autorités policières ou judiciaires ».

⁴⁴⁸ J. CADENE, *Essai d'une théorie générale sur la preuve en matière pénale*, Thèse, Montpellier, 1963, p. 111 : « si le ministère public rapporte normalement la preuve de la culpabilité du prévenu, ce dernier n'est pas pour autant passif. Il est obligé de se manifester, soit en réfutant les arguments qui lui sont opposés, soit en proposant de nouveaux moyens. Il collabore ainsi, malgré lui, à la découverte de la vérité... » ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 157 : « lorsqu'ils sont soupçonnés de participation à un délit ou à un crime, les individus parlent souvent, ne serait-ce que pour nier leur éventuelle implication ».

⁴⁴⁹ L'article 14-3 g dispose que « toute personne accusé d'une infraction ayant le droit à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

des droits de l'homme l'a pourtant consacré⁴⁵⁰ comme étant au cœur de la notion du procès équitable⁴⁵¹. Ainsi, la personne mise en cause a la possibilité de refuser de répondre aux questions de la police⁴⁵² ou de produire des éléments de preuve à charge, sans s'exposer à une sanction pénale⁴⁵³.

132.- Avec les procédés qui altèrent la libre volonté, le recueil de la preuve implique l'utilisation du corps humain. La question se pose ainsi de savoir si la participation directe du corps porte atteinte à ce droit. En d'autres termes, le droit de ne pas s'auto-incriminer s'étend-il au corps de la personne mise en cause ? Etant donné que nul ne peut être forcé à témoigner contre lui-même⁴⁵⁴, il est alors possible d'en déduire que le corps constitue un moyen de recueil de la preuve dès lors que la personne mise en cause y consent. Or, la jurisprudence comme la doctrine prohibent ces procédés au nom du respect des droits de la défense et de la dignité de la personne⁴⁵⁵. Le consentement de la personne n'a aucune valeur ; il n'autorise aucunement de porter atteinte à l'intégrité physique. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que ce droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est pas absolu. Elle a affirmé « qu'il ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine, ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »⁴⁵⁶. Cette solution de compromis ne se justifie que dans les domaines où

⁴⁵⁰ CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, *JCP* 1993, éd. G, II, 22073, obs. R et A. GARNON ; *D.* 1993, p. 457, note J. PANNIER ; *D.* VINOT-BARRIAL, « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 537.

⁴⁵¹ CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni* : « même si l'article 6-2 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et l'une de ses composantes, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacré par ledit article » ; *Rev. sc. crim.* 1997, 476, R. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 18, F. SUDRE ; *Murray c/ Royaume-Uni*, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 476, obs. R. KOERING-JOULIN. CEDH, *Brusco c/ France*, 14 oct. 2010, *JCP* G, 2010, act. 1064, obs. F. SUDRE.

⁴⁵² F. HELIE, *Traité d'instruction criminelle*, 1863, t. II, n° 2612 : « la personne peut répondre ou ne pas répondre aux questions qui lui sont faites, selon qu'elle juge convenable à ses intérêts » ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 150, p. 193 : « la personne poursuivie peut toujours se refuser à répondre si elle estime cette attitude plus conformes aux intérêts de la défense.... ».

⁴⁵³ A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, 2^e éd., Litec, 1998, n° 1403, p. 693.

⁴⁵⁴ B. BOULOC, R. De BECO et P. LEGROS, *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruylant, 1997, p.38 ; B. BOULOC, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifié sa mise en détention ? », *D.* 1995, p. 315 ; A.-J. BULLIER et F.-J. PANSIER, « De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common law », *Gaz. Pal.* 1997, 1, doct. p. 211 ; E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 50, p. 73.

⁴⁵⁵ Ces procédés sont l'hypnose, le détecteur de mensonge et la narco-analyse.

⁴⁵⁶ CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, *Rev. sc. crim.* 1997, 478, obs. R. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 18, obs. F. SUDRE ; *AJDA* 1997, 979, obs. FLAUSS ; *RGDP* 1998, 243, obs. FLAUSS.

l'obtention de la preuve est particulièrement ardue et lorsque la police judiciaire ne peut se procurer la preuve autrement qu'en faisant appel au corps⁴⁵⁷. Dans cette optique, ce droit joue un rôle moindre. Il est possible de passer outre le consentement de la personne en faisant parler son corps et voir ainsi cette preuve admise⁴⁵⁸. A vrai dire, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est cantonné au droit de se taire⁴⁵⁹. Ce qui explique que le corps, tout en respectant ce droit, le contourne néanmoins.

133.- En outre, l'usage du corps comme un moyen de substitution à la parole porte sérieusement atteinte à ce droit. Les méthodes qui fracturent les consciences, le prélèvement du sang et l'analyse ADN servent à la recherche de la preuve. La preuve ainsi obtenue est le plus souvent la seule pouvant prouver la culpabilité ou l'innocence de la personne. Il ressort alors que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne s'étend pas au corps de la personne, mais il dépend du degré d'atteinte au principe de l'inviolabilité du corps humain. Il est permis de parler d'un « droit fiction ». La personne mise en cause peut garder le silence, mais son corps peut la trahir en fournissant les preuves contre elle. Il nous semble que tout procédé utilisant le corps humain porte atteinte au droit de ne pas s'auto-accuser. Dans le souci de sauvegarder l'intégrité physique, la Cour européenne des droits de l'homme nous semble-t-il fait évoluer le droit de ne pas s'auto-accuser. Elle l'étend désormais au corps dès lors que sont employés des procédés chimiques.

2. L'évolution du droit de ne pas s'incriminer soi-même

134.- La Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas eu l'occasion de s'exprimer sur les techniques altérant le libre arbitre au regard du droit de ne pas s'auto-accuser. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence et la doctrine interne ont prohibé leur utilisation, non pas au nom du respect du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, mais comme une atteinte à la dignité de la personne et aux droits de la défense. Dans les domaines où le recueil de la preuve est particulièrement difficile et où la police judiciaire ne peut se procurer la preuve par d'autre moyen qu'en « faisant appel » au corps de la personne, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le droit de ne pas s'incriminer soi-même

⁴⁵⁷ Par exemple, la preuve de l'imprégnation de l'état alcoolique.

⁴⁵⁸ A cet égard le mécanisme de prélèvement forcé.

⁴⁵⁹ CEDH, 17 déc. 1996, Saundres c/ Royaume-Uni : « le droit de ne pas s'incriminer soi-même est au cœur de la notion de procès équitable.... Et il tend principalement au respect de la volonté d'un accusé de garder le silence ».

ne s'étend pas au corps de la personne dès lors que l'atteinte portée à l'intégrité physique est mineure⁴⁶⁰.

135.- Il faut relever toutefois une évolution de la jurisprudence européenne à travers l'arrêt de la Grande chambre JALLOH du 11 juillet 2006⁴⁶¹. En l'espèce, un ressortissant sierra-léonais pris en flagrant délit de trafic de drogue est arrêté par la police. Pour se débarrasser de la drogue, il décide alors d'avaler un sachet de cocaïne restant en sa possession. Il est conduit à l'hôpital et un médecin lui prescrit l'administration de l'émétique. Refusant de prendre les médicaments susceptibles de provoquer les vomissements, il est alors soumis par la force à l'absorption de substances vomitives. Celles-ci provoquèrent le rejet d'un sachet de drogue. En vertu d'un mandat émis par un tribunal, il fut placé en détention provisoire puis condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve. Il saisit la Cour européenne des droits de l'homme sur la violation des articles 3, 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il prétend que l'administration de force d'un émétique constitue au regard de l'article 3 un traitement inhumain et dégradant. Le Gouvernement quant à lui insiste sur la légalité de la mesure. L'article 81-a du Code de procédure pénale allemand autorise, pour des raisons médicales, l'administration de l'émétique. L'acte pratiqué, selon le gouvernement, était nécessaire pour éviter le risque de décès par intoxication. Cette position ne convainc guère la Cour européenne des droits de l'homme qui estime que les autorités ont forcé le requérant à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. La façon dont la mesure litigieuse a été exécutée était de nature à inspirer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir. Ce traitement a été jugé inhumain et dégradant et, par conséquent, contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant à l'utilisation qui a été faite des éléments obtenus, le requérant soutient que l'utilisation au procès des éléments obtenus par l'administration de l'émétique a méconnu son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le fait d'avoir permis l'utilisation au procès des éléments obtenus à la suite de l'administration de force de l'émétique a porté atteinte au droit de l'intéressé de ne pas contribuer à sa propre incrimination et a donc entaché d'iniquité la procédure dans son

⁴⁶⁰ CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, § 69, *JCP G*, 1997, I, 4000, obs. F. SUDRE.

⁴⁶¹ CEDH, 11 juil. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, *JCP* 2007, I, 106, chron. F. SUDRE.

ensemble. Ce que l'on peut retenir de cet arrêt, c'est que l'utilisation d'éléments de preuve recueillis par la force par l'intrusion des procédés chimiques porte atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ce dernier s'étend désormais au corps de la personne. Le droit de ne pas s'incriminer soi-même implique que la preuve ne peut être obtenue par l'usage des procédés qui portent atteinte au corps humain. L'emploi des procédés chimiques, médicaux, comme ceux qui violent les consciences sont proscrits par la Cour européenne des droits de l'homme de manière absolue.

136.- Le reproche que l'on peut faire à la Cour européenne des droits de l'homme est de ne pas avoir considéré que l'obtention de la preuve au moyen d'un acte qualifié de traitement inhumain et dégradant compromet automatiquement le caractère équitable d'un procès. Elle a éludé cette question parce qu'elle s'est trouvée face à la contradiction de sa propre jurisprudence. Elle admet le prélèvement forcé en matière d'empreinte génétique et l'imprégnation de l'état alcoolique. Or, une personne qui refuse son prélèvement sera contrainte par la force. La police judiciaire pourrait dès lors la ligoter pour procéder au prélèvement. Dans ce contexte, l'usage de la force dans le but de recueillir des éléments de preuve constitue sans aucun doute un traitement inhumain et dégradant, et porte automatiquement atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Dans tous les cas, l'objet de l'atteinte portée au corps est l'obtention de la preuve de la culpabilité. Il ressort de cette observation que le plein respect de l'intégrité physique impose le rejet de toutes les techniques consistant à porter atteinte au corps. Toutefois, il faut reconnaître que cette position aboutit à proscrire tous les procédés scientifiques. Or, certains participent à la protection de la personne. Il en est ainsi des prélèvements d'haleine, de sang, d'urine, ainsi que des tissus corporels en vue d'une analyse qui permettent de disculper rapidement une personne mise en cause. Des éléments produits par le fonctionnement organique normal ont une telle fiabilité dans l'établissement de la vérité que la marge d'erreur, lorsque les règles sont respectées, est quasi inexistante.

137.- Il est vrai que le droit d'accéder à la vérité justifie une atteinte mineure à l'intégrité physique. Celle-ci favorise l'introduction de la science probatoire dans la procédure pénale. Il ne s'agit pas de rechercher la vérité par n'importe quel moyen, mais de recourir à certaines techniques scientifiques pour aider les policiers dans leurs investigations. Le véritable critère est celui de l'infailibilité : il est permis de recourir à un procédé scientifique que s'il ne

trompe pas sur le résultat. Ce principe apparaît non seulement comme un moyen de protection de la personne mais aussi comme une garantie contre l'erreur judiciaire.

138.- La preuve pénale, élément central du procès, n'est admise que si la police judiciaire a, dans son recueil, adopté un comportement conformément aux textes légaux et aux principes directeurs. Ce qui interdit l'usage, par la police judiciaire, des procédés qui méconnaissent la dignité humaine et la loyauté dans la recherche de la preuve.

SECTION II : LA PRISE EN CONSIDERATION RELATIVE DE LA LOYAUTE

139.- La procédure pénale consacre le principe de la légalité dans la recherche de la preuve : toute preuve doit être obtenue de façon légale. La loyauté, qui implique la dignité de la justice, n'est qu'une composante de la légalité probatoire. La police judiciaire et les magistrats doivent s'interdire de recourir à des procédés qui méconnaissent la loyauté probatoire.

140.- En l'absence de définition législative et jurisprudentielle, la doctrine a tenté de définir la notion. Monsieur BOUZAT définit la loyauté comme « une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »⁴⁶². Monsieur LEMOINE la définit comme « la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur, de la probité »⁴⁶³. Monsieur PRADEL trouve quant à lui plus facile de définir la loyauté par son contraire. Il considère qu'il y a « déloyauté lorsque l'enquêteur ou le juge d'instruction use de procédés non conformes aux principes fondamentaux de notre ordre juridique pour obtenir des éléments de preuve. La déloyauté évoque, doit-on ajouter, la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre arbitre »⁴⁶⁴. Cette dernière définition nous semble intéressante. La loyauté comme la dignité garantit à la personne mise en cause son libre arbitre. Dès lors, tout procédé ayant pour but d'annihiler la libre volonté méconnaît la loyauté ou la dignité humaine. A la différence de la dignité, la déloyauté ne se caractérise pas par une atteinte portée au corps de la personne, mais par des stratagèmes, ruses et artifices.

141.- Toutefois, le respect de la loyauté n'est pas absolu. Ce relativisme s'explique par sa nature ; la loyauté n'est pas d'essence juridique mais morale⁴⁶⁵. La morale est susceptible d'évolution⁴⁶⁶, ce qui rend difficile une définition uniforme⁴⁶⁷.

⁴⁶² P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche de la preuve », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 161 : « légalité et loyauté ont un domaine différent : la première est d'ordre social, la seconde plutôt d'essence morale » ; B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 98 : « les termes loyal et légal vont ensuite en se distinguant, le premier perdant son sens juridique pour désigner les valeurs morales de droiture et de fidélité » ; CH. BAKAS, *Les principes directeurs du procès pénal*, Thèse, Paris II, 1982, n° 167 : « la loyauté constitue un principe d'ordre moral plutôt qu'une notion juridique ».

⁴⁶³ P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004.

⁴⁶⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 415, p. 372.

⁴⁶⁵ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 155.

⁴⁶⁶ M.-H. LAKHOVA, *La loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale*, Thèse, Paris II, 1973, p. 117 ; E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 392, p. 413.

142.- Il n'en reste pas moins vrai que la loyauté a été consacrée par la jurisprudence. Cette consécration constitue une garantie pour la transparence dans la recherche de la preuve. Il est imposé d'agir à visage découvert, ce qui signifie que la preuve ne peut être obtenue par la dissimulation de la qualité de l'agent. Une telle exigence devrait normalement s'imposer à tous. Or, le respect de la loyauté ne concerne pas tous les acteurs de la procédure pénale. Cette limitation ne permet pas de cerner avec précision le champ d'application de ce principe (§1), raison pour laquelle la loyauté n'a reçu qu'une reconnaissance législative partielle (§2).

§1. L'imprécision du champ d'application du principe

143.- Il est vrai que la liberté de la preuve remet en cause la conciliation recherchée entre le respect des droits de la personne et les nécessités probatoires. La possibilité d'user de tous les moyens possibles pour établir la preuve de l'infraction peut conduire à des abus⁴⁶⁸. Pourtant, le législateur observait un mutisme quasi absolu. Il serait sans doute excessif de déduire du silence législatif un « blanc seing » donné aux policiers. Il existe des situations très différentes dont l'atteinte doit être encadrée, c'est le cas des ruses, stratagèmes, provocations et infiltration. La loyauté a donc une fonction modératrice⁴⁶⁹. Si elle se caractérise par la transparence dans la recherche de la preuve (A), la loyauté a une portée relative qui met en œuvre une certaine proportionnalité (B).

A. La transparence dans le recueil de la preuve

144.- S'il ne fait aucun doute que la loyauté est destinée à gouverner la recherche de la preuve, elle entretient néanmoins un certain flou quant à son champ d'application. Pourtant, l'essentiel de la mission de la police judiciaire est de permettre la manifestation de la vérité.

⁴⁶⁷ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n°436, p. 450 : « la valeur de la loyauté dans la recherche de la preuve est à plus d'un titre incertaine, ce qui n'est de nature ni à favoriser le prononcé d'une sanction, ni à toujours permettre de bien mesurer l'intérêt de cette notion au regard de la liberté de la preuve ».

⁴⁶⁸ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 221 et s.

⁴⁶⁹ B. DE LAMY, « De la loyauté de la preuve en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 102 : « ayant pour fonction d'éviter les abus les plus criants, la loyauté cherche une proportionnalité entre des impératifs contradictoires. Elle a une fonction modératrice » ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 157 : « la loyauté dans la recherche des preuves, qui protège l'individu contre les abus toujours possibles et impose à l'enquête un style » ; E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n°436, p. 450 : « l'un des moyens permettant de sortir la loyauté du flou conceptuel porteur d'insécurité juridique qui la caractérise et d'apprécier l'importance de son rôle potentiellement correcteur consiste à la reconsidérer sous l'angle des fonctions qui peuvent et doivent sans doute lui être assignées ».

Cette finalité ne peut être atteinte qu'en présence de la preuve, laquelle se trouve guidée par les principes supérieurs dont la loyauté en fait partie⁴⁷⁰. En raison de l'unité de la théorie de la preuve, la loyauté devrait en toute logique encadrer de façon uniforme l'action de tous les enquêteurs quels qu'ils soient⁴⁷¹. Il est toutefois à noter que l'obligation de loyauté dépend essentiellement de la qualité de la personne recueillant la preuve⁴⁷². La loyauté préside à l'action des magistrats notamment du juge d'instruction. Il apparaît inconcevable qu'un juge puisse tricher, mentir ou user des stratagèmes. Dans le souci de protéger l'image de la justice⁴⁷³, le pouvoir du juge est limité par « des considérations de décence »⁴⁷⁴. Dans la recherche de la preuve, il doit respecter une certaine éthique.

145.- La jurisprudence a consacré la loyauté dans une affaire restée célèbre où un juge d'instruction qui, pour renforcer ses soupçons à l'égard d'un dénommé Wilson, engagea une conversation téléphonique avec un complice en dissimulant sa qualité et en faisant croire à ce dernier qu'il parlait avec Wilson⁴⁷⁵. La Cour de cassation a sanctionné ce procédé au motif que « la dignité de la justice est gravement compromise par le fait de la part d'un juge d'instruction, d'avoir engagé avec un témoin une conversation téléphonique, en dissimulant sa qualité de manière à faire croire au témoin que celui-ci était en communication avec l'inculpé lui-même (...) qu'ainsi, le juge Vigneau a employé un procédé s'écartant des règles de loyauté que doit observer toute information judiciaire, et constituant par cela même, un acte contraire au devoir et à la dignité du magistrat ».

⁴⁷⁰ C. AMBOISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », *AJ Pén.* 2005, p. 261 ; E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, Thèse, Aix-en-Provence, 2000, n° 103, p. 115.

⁴⁷¹ PH. CONTE, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* avr. 2009, p. 13.

⁴⁷² F. FOURMENT, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.* 2011, p. 562.

⁴⁷³ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 430 ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche de la preuve », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 155 et s ; A. BESSON, « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.* 1958, chron. p. 133 ; B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 103 ; M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, p. 1419.

⁴⁷⁴ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2^{ème} éd., Sirey, 1943, n° 1250.

⁴⁷⁵ Ch. réun. 31 janv. 1888, S. 1889.I.241, note J.-E. L.

146.- S'il incombe au magistrat de procéder à tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité⁴⁷⁶, celle-ci ne saurait être recherchée de n'importe quelle manière⁴⁷⁷. Le juge ne peut utiliser des manœuvres dolosives tendant à obtenir des renseignements qu'il n'aurait pas obtenus s'il n'avait pas déguisé sa voix. Il ne fait aucun doute que l'imitation de la voix de la personne mise en cause est faite dans le souci d'établir une relation de confiance avec le complice. Ce dernier croit se confier à son ami et procède à des révélations. Il est donc trompé sur la qualité de la personne⁴⁷⁸. Son admission aurait conduit à discréditer la justice car l'usage par le magistrat de la fraude trahit son devoir de loyauté envers la société⁴⁷⁹. Il en va sans dire que, même si la volonté d'établir la vérité est louable⁴⁸⁰, elle ne doit pas permettre au juge de méconnaître son obligation en employant des artifices pour obtenir des informations. Nul doute en effet que la proscription des actes contraires à l'honneur et au devoir des magistrats est reconnue dans la plupart des droits étrangers⁴⁸¹. Si un auteur de l'ancien droit a défendu l'idée selon laquelle le juge peut mentir pour rechercher et découvrir la vérité⁴⁸², depuis longtemps, la doctrine majoritaire condamne sévèrement le recours par le magistrat d'artifices pour surprendre la personne mise en cause⁴⁸³.

147.- L'inobservation de la loyauté risque de contaminer toute la procédure : le principe d'indivisibilité de la sanction a pour conséquence que la nullité d'un acte déloyal s'étend à

⁴⁷⁶ Article 81 du Code de procédure pénale.

⁴⁷⁷ G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2012, n°145, p. 116 : « quoi que la manifestation de la vérité soit l'objectif capital du procès répressif, cette vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen » ; G. DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, chron. p. 154 : « si la manifestation de la vérité est essentielle, elle ne doit pas être recherchée de n'importe quelle manière ».

⁴⁷⁸ Il existe en matière contractuelle les vices du consentement. Ceux-ci permettent à la personne trompée de demander la nullité du contrat. Sans nul doute que les manœuvres frauduleuses utilisées par ce juge constituent bel et bien un vice de consentement, ce qui justifie sa condamnation par la Cour de cassation. Ce sont les articles 1110 à 1116 du Code civil qui traitent de la question des vices de consentement.

⁴⁷⁹ P. CHAMBON, note sous Poitiers, 16 janv. 1960, *JCP* 1960.II.11599 : « le juge ne peut s'abaisser au niveau de l'inculpé qui ruse et qui fraude. La dignité de la justice s'y oppose ».

⁴⁸⁰ G. DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, chron. p. 153.

⁴⁸¹ J. GRAVEN, « Microphones et tables d'écoute comme instruments d'enquête pénale », *Rev. int. crim. pol. tech.* 1949, p. 178 et s.

⁴⁸² B. DE LA ROCHE FLAVIN, *XIII Livres des parlements de France, Chap. XXXIX*, Genève, 1621, p. 664 et 665 : « il est permis et loisible aux juges de mentir quelques fois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits ».

⁴⁸³ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, p. 274 et s. : « le juge doit surtout éviter de se servir de ruses et de discours captieux pour surprendre l'accusé » ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENY*, Sirey, 1964, p. 155 et s. ; CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 430 : « le principe de loyauté comporte une version à l'action du magistrat lequel peut se voir sanctionner pour tout manquement aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité » ; F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Tome IV, 2^{ème} éd., 1866, n° 1930 : « le juge ne doit pas employer des artifices et des ruses pour obtenir des révélations » ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 180 : « la justice doit toujours procéder à visage découvert et un magistrat ne saurait agir autrement qu'en vertu de cette qualité ».

tous les actes subséquents qui ont l'acte nul pour support. L'irrégularité d'un acte infecte tous les actes de la procédure dans les conditions de l'article 802 du Code de procédure pénale⁴⁸⁴.

148.- Un tel devoir de loyauté devrait également être observé par des policiers. La recherche de la preuve devrait s'effectuer dans la transparence la plus totale. Cette approche ne semble pas avoir la faveur de la jurisprudence et de la doctrine. Compte tenu de la dissociation de l'action du policier et du magistrat, il est introduit une distinction⁴⁸⁵. Déjà, dans l'arrêt précédemment étudié, la Cour de cassation estime que « le juge Vigneau a employé un procédé s'écartant des règles de loyauté que doit observer toute information judiciaire, et constituent, par cela même, un acte contraire aux devoirs et à la dignité du magistrat ». Le commentateur s'appuie sur cette argumentation pour affirmer que « le juge ne rougit pas de recueillir le résultat de recherches faites par les agents inférieurs qui emploient tous les moyens, même la ruse ; mais il ne doit pas s'abaisser à les pratiquer lui-même. La dignité a des exigences variables selon le rang que l'on occupe dans la hiérarchie »⁴⁸⁶. Il prévaut très clairement l'idée selon laquelle les actions policières et judiciaires sont matériellement différentes. Parce que la transparence est de l'essence de la justice, celle-ci doit toujours agir à visage découvert.

Le respect de loyauté s'impose au magistrat qui se trouve placé à un « étage plus élevé et sur le même plan que le juge répressif lui-même »⁴⁸⁷. Cette obligation de loyauté s'étend aux officiers de police agissant sur commission rogatoire, c'est-à-dire recevant une délégation de pouvoir d'effectuer des actes d'instruction au lieu et place du juge d'instruction⁴⁸⁸. C'est précisément ce que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé dans l'affaire Imbert⁴⁸⁹. Dans le cadre d'une information judiciaire ouverte contre X du chef de concussion, corruption de fonctionnaire et complicité, un commissaire divisionnaire commis

⁴⁸⁴ Cette nullité ne se prononce qu'en présence d'un grief, ce qui invite toute personne victime d'une irrégularité à apporter la preuve d'atteinte à ses intérêts.

⁴⁸⁵ L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, 3^{ème} éd., éd. Desvigne, 1952, p. 727 : « oeuvrant pour le même but, ils (juge et policier) ont néanmoins des fonctions bien distinctes que gouvernement des morales professionnelles différentes et qui ne visent pas aux mêmes idéaux... On devrait distinguer la morale du travail de police et la morale du travail de justice et éviter de juger le procédé employé par un policier du même point de vue qu'on le jugerait mis en œuvre par un magistrat ».

⁴⁸⁶ J.-L., note sous Ch. réun. 31 janv. 1888, S. 1889.I.241.

⁴⁸⁷ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, 1419.

⁴⁸⁸ Article 151 du Code de procédure pénale.

⁴⁸⁹ Cass. crim., 12 juin 1952, *JCP* 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT ; S. 1954, I, 69, note A. LEGAL ; *D.* 1953, somm. p. 2 ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 12, p. 179.

rogatoirement avait organisé une conversation téléphonique entre deux personnes pour démontrer l'implication de l'une d'elles, dictant les questions à l'autre et enregistrant les réponses qu'il consignait dans un procès-verbal. Versé au dossier, ce procès-verbal aboutit à la condamnation d'Imbert. Sur appel tendant à la constatation de l'irrégularité des actes, la Cour d'appel débouta Imbert de sa demande au motif qu'aucune disposition n'interdisait d'écouter une conversation téléphonique entre un témoin et un suspect. Saisie, la Chambre criminelle de la Cour de cassation cassa l'arrêt, considérant que « l'opération exécutée dans de telles conditions doit être considérée comme nulle ; qu'en effet, elle a eu pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense ».

149.- La Haute juridiction vient mettre fin à un débat doctrinal sur la question de savoir si un officier de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire, était exempté de devoir de loyauté. Jusqu'alors, il était avancé que les officiers de police judiciaire pouvaient faire ce que le juge ne pouvait pas faire⁴⁹⁰. Etant tenu par un devoir de loyauté, le juge pourrait facilement déléguer ses pouvoirs aux policiers qui, eux, sont dispensés du respect de loyauté. Or, la délégation transfère non seulement les pouvoirs du juge mais aussi et surtout ses obligations, parmi lesquelles figure la loyauté. Comment alors pourrait-on expliquer une différence de traitement entre deux autorités investies de la même mission ? Si cette différence était admise, une preuve déloyale rapportée par un juge serait irrecevable, alors que la même preuve rapportée par des policiers commis rogatoirement serait admise. Dans ce contexte, la commission rogatoire aurait pour unique fonction de contourner le devoir de loyauté qui pèse sur le juge⁴⁹¹. Celui-ci serait conduit à multiplier les commissions rogatoires pour éviter la censure des actes de procédure⁴⁹². Cette interprétation ne peut être accueillie car elle

⁴⁹⁰ M. ROUSSELLET, « Les ruses et les artifices dans l'information criminelle », *Rev. sc. crim.* 1946, p. 50 et s ; L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, 3^{ème} éd., éd. Desvigne, 1952, p. 727.

⁴⁹¹ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 167 : « une telle attitude risque d'ailleurs de conduire la police à cacher aux magistrats la manière dont elle se procure des preuves, de peur de voir son action désavouée par la suite, et de rendre ainsi tout contrôle impossible sur son action ».

⁴⁹² E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 447, p. 462 : « soit que les magistrats eux-mêmes procèdent par voie de délégation en se déchargeant d'opérations dont ils estiment indignes tout en réservant la possibilité de les désavouer dans le cas où la police outrepasserait les droits qu'elle tient du cadre juridique d'investigation dans lequel elle inscrit son action » ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 167 : « les magistrats ont tendances parfois à se décharger de l'utilisation des procédés douteux en déléguant un officier de police judiciaire pour l'exécution d certains actes d'instruction et en fermant les yeux sur les procédés employés ».

pousserait la police judiciaire à employer tous les moyens pour démontrer l'infraction⁴⁹³. Le risque d'atteinte aux libertés individuelles serait dès lors élevé. Or, la « loyauté ne se maquignonne pas et il ne saurait être permis à un magistrat de recourir par une voie oblique à un procédé déloyal que sa conscience et la Chambre criminelle lui font défense d'utiliser »⁴⁹⁴. Comme l'officier de police judiciaire commis rogatoirement exerce, dans les limites de la commission, tous les pouvoirs du juge d'instruction⁴⁹⁵, il se trouve, par là-même, soumis à toutes les obligations incombant à ce magistrat⁴⁹⁶. Le devoir de loyauté qui s'impose au juge s'étend aux policiers agissant sur commission rogatoire⁴⁹⁷. Il leur est interdit d'agir différemment⁴⁹⁸.

150.- Peut-on alors considérer qu'en dehors de cette procédure, la loyauté serait absente de la phase policière *stricto sensu* ? Etant « en contact direct avec le crime et les criminels »⁴⁹⁹, la police judiciaire pourrait recourir à des procédés déloyaux au cours des enquêtes préliminaire et de flagrance⁵⁰⁰. Cette tolérance de la variabilité de la loyauté en fonction de la qualité de la personne recueillant la preuve n'est pas satisfaisante. « Les missions complémentaires du magistrat et de l'officier de police judiciaire participent de la même nature. Elles se situent, certes, sur des plans différents : le policier est au contact des faits tandis que le magistrat ne voit le plus souvent l'événement qu'à travers la procédure que lui transmet le premier ; mais si l'action du policier est matériellement différente de celle du magistrat, elle est placée

⁴⁹³ A. BESSON, « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.* 1958, chron. p. 133 : « les policiers commis rogatoirement ne doivent pas dépasser les limites dans lesquelles le juge peut se mouvoir lui-même ».

⁴⁹⁴ M. ALLEHAUT, « Les droits de la défense », in *Mélanges PATIN*, 1965, p.461.

⁴⁹⁵ Article 152 du Code de procédure pénale.

⁴⁹⁶ A. LEGAL, note sous Cass. crim., 12 juin 1952, *S.* 1954.I.69. L'article 7 du décret du 18 mars 1986 du Code de déontologie de la police nationale pose comme principe « le fonctionnaire de la police nationale est loyal envers les institutions républicaines. Il est intègre et impartial ; il ne se départit de sa dignité en aucune circonstance ».

⁴⁹⁷ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 430 : « ainsi donc, magistrats de poursuite et d'instruction (au cas d'exécution de commission rogatoire) forment avec les officiers et agents de police judiciaire agissant ès qualités une « équipe » dont tous les membres doivent respecter les mêmes règles ».

⁴⁹⁸ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 338, p. 294 : « pour toutes ces raisons, il est donc permis de conclure que le policier délégué ne saurait agir différemment du magistrat instructeur et si la loi prohibe pour celui-ci l'exécution de tel ou tel acte, il est naturel que cette interdiction concerne également l'officier de police judiciaire ».

⁴⁹⁹ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, 1419.

⁵⁰⁰ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 336, p. 291 : « même si on peut tolérer que la police use de certaines ruses, de stratagèmes ou de subterfuges lorsqu'elle agit proprio motu, en revanche, dans l'hypothèse d'une commission rogatoire où le policier est dans la fonction du juge, le recours à de tels procédés doit être prohibé » ; P. MIMIN, « La preuve par magnétophone », *JCP* 1957, I, 1370 : « ce qui paraîtrait irrégulier au cours d'une information judiciaire peut être une opération admissible si elle s'est déroulée en dehors de la procédure ».

cependant sous le signe du respect de la loi »⁵⁰¹. Dès lors, il serait anormal de « permettre à un magistrat d'apprécier un élément de preuve recueilli par d'autres dans des conditions qui lui sont moralement interdites. La dignité de la justice n'est pas moins affectée dans un cas que dans l'autre car ce n'est pas tant la dignité de celui qui rapporte l'élément de preuve qui est en cause, que celle de la justice à laquelle il participe »⁵⁰². Pour éviter tout risque de dérives, il convient de généraliser le devoir de loyauté aussi bien à la police judiciaire qu'aux magistrats⁵⁰³.

La jurisprudence avait, semble-t-il, adopté cette position. Dans une affaire⁵⁰⁴, un policier avait accepté de rencontrer un suspect muni d'un magnétophone dissimulé destiné à enregistrer les propos de celui-ci. Pour casser l'arrêt d'appel refusant l'annulation de la procédure, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « l'enregistrement effectué de manière clandestine par un policier, agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense ». Le respect de la loyauté s'impose indépendamment de la qualité du fonctionnaire qui recueille la preuve. Cette jurisprudence, conforme aux règles procédurales, a été validée par la chambre d'accusation saisie sur renvoi, malheureusement renversée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁰⁵. Celle-ci semble donc écarter la loyauté lors de la phase policière.

151.- Parallèlement, un débat similaire existe de savoir si la police judiciaire, agissant au cours de l'enquête, peut bénéficier du même régime probatoire que les acteurs privés. La solution de la Chambre criminelle de la Cour de cassation consistant à faire bénéficier les acteurs privés d'une plus grande liberté dans la recherche de la preuve et d'encadrer cette recherche par la police judiciaire par la loyauté est vivement critiquée par une partie de la doctrine. Celle-ci ne comprend pas une telle variabilité. L'argument pertinent développé

⁵⁰¹ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 430.

⁵⁰² B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 104.

⁵⁰³ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 447, p. 462 : « aussi bien la reconnaissance d'une plus grande liberté d'action au profit des policiers dans la recherche des preuves sur le fondement de la différence de qualité de l'investigateur est à l'évidence génératrice d'un risque de dérives auxquels il faut être sensible non seulement car celle-ci s'inscrirait en rupture de l'unité de la théorie de la preuve mais aussi car elle favoriserait des détournements de procédure ».

⁵⁰⁴ Cass. crim., 16 déc. 1997, Bull. crim., n° 427 ; D. 1998, Jur. P. 354, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* 1998, comm. 61, obs. A. MARON, p. 21.

⁵⁰⁵ Cass. crim., 19 janv. 1999, Bull. crim., n° 9 ; *Dr. pén.* 1999, comm. 77, obs. A. MARON ; *JCP* 1999, éd. G, II, 10156, note D. REBUT.

consiste à démontrer que la police judiciaire peut encourager les acteurs privés à faire ce qu'elle ne peut pas faire, c'est-à-dire à employer des procédés déloyaux et voir ensuite cette preuve admise alors que la même preuve rapportée par la police judiciaire serait frappée d'irrecevabilité. Pour cette raison, elle propose un régime unique de la recherche de la preuve pour la police judiciaire et les acteurs privés⁵⁰⁶. Néanmoins, cette uniformisation du régime de la preuve ne peut s'effectuer que s'il est attribué aux acteurs privés des pouvoirs similaires à ceux de la police judiciaire. Jusqu'à présent, les policiers disposent des prérogatives coercitives beaucoup plus importantes que les acteurs privés qui, eux, n'ont aucun pouvoir contraignant⁵⁰⁷. En l'absence d'harmonisation des règles, l'admission d'une preuve déloyale rapportée par un acteur privé constitue un moyen de correction de cette inégalité.

152.- La loyauté dans la recherche de la preuve prohibe l'utilisation des procédés déloyaux, de ruses ou subterfuges ayant pour but de déguiser la réalité⁵⁰⁸.

L'affaire Imbert pose une double question : peut-on provoquer une personne à commettre une infraction ? Et peut-on s'auto-incriminer ? A cette double question, il convient de répondre par la négative. D'un côté un policier ne peut, pour établir la preuve, utiliser un intermédiaire et préparer à l'avance les questions à poser au suspect. En agissant ainsi, le policier joue un rôle actif tendant à provoquer une personne à commettre une infraction. Ce qui revient à avancer l'idée selon laquelle un simple soupçon de participation à l'infraction ne peut suffire à organiser un véritable scénario. Une personne peut, à un moment donné, vouloir commettre l'infraction puis se rétracter. Le fait de la guider vers des réponses souhaitées est de nature à

⁵⁰⁶ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 214, p. 335 et 336 : « quant à l'argument tiré de l'absence de réglementation des pouvoirs de recherche des particuliers, il constitue toute la négation de la procédure pénale car on ne voit pas pourquoi on se donnerait le mal de réglementer les droits et obligations des agents publics si d'autres qu'eux peuvent obtenir les mêmes éléments de preuve sans respecter aucune des règles ou restrictions légales : quel est l'intérêt de réglementer les perquisitions publiques si les particuliers sont autorisés à voler les éléments qui devraient être saisis ? Si le seul récolement des preuves réglementé est celui des agents publics c'est parce qu'il est invraisemblable que l'on autorise de simples particuliers à se livrer à des investigations personnelles et que le Code de procédure pénale n'a donc pas pu le prévoir. Les simples particuliers peuvent participer à la procédure par leurs déclarations personnelles et par le dépôt d'éléments matériels qu'ils possédaient avant les faits en cause, il ne peut être question de les autoriser à se livrer à des enquêtes surtout libérées de toute contrainte » ; *Les propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Dalloz, coll. Dalloz service, 1997, p. 60 et 61.

⁵⁰⁷ PH. BONFILS et J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale ; opinio doctorum*, V MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), Dalloz, 2009, p. 251 : « d'une part, aucun texte ne s'oppose à l'exclusion de la loyauté. D'autre part, il est évident que les parties privées, et notamment les victimes, éprouvent souvent des grandes difficultés à rassembler la preuve des agissements dont elles ont souffert ou qui leur sont reprochés. Il est donc opportun, selon nous, de leur conférer un plus large pouvoir en la matière, et écartant de la sorte la nécessité de respecter l'obligation de loyauté ».

⁵⁰⁸ C. AMBOISE-CASTEROT, « La preuve : une question de loyauté ? », *AJ Pén.* 2005, 261.

annihiler sa libre volonté. Cet artifice la conduit à dire des choses qu'elle n'aurait pas voulu dire.

D'un autre côté, la preuve obtenue ne peut suffire à fonder une condamnation. La justification réside dans le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. En provoquant le mis en cause à se livrer sur des faits et ensuite utiliser ces révélations pour établir la culpabilité, ce comportement porte atteinte à ce droit. La personne a été contrainte par ces stratagèmes à s'auto-incriminer. Dans la mesure où ces informations sont l'unique élément de preuve, elles ne peuvent servir de condamnation.

En résumé, il convient de dire qu'un officier de police judiciaire est soumis, quel que soit le stade procédural, au devoir de loyauté. Ce devoir lui interdit de provoquer la commission de l'infraction car la preuve obtenue à la suite de cette provocation n'est pas recevable.

153.- L'inobservation de la loyauté entraîne non seulement la disqualification de la preuve, mais également des sanctions à l'égard de son auteur. Outre des sanctions disciplinaires, des sanctions pénales peuvent aussi être prononcées chaque fois que l'acte déloyal présente les éléments constitutifs d'une infraction⁵⁰⁹.

154.- En raison de l'unicité de la théorie de la preuve, la loyauté devrait gouverner la recherche de la preuve quelle que soit la qualité de l'agent qui recueille la preuve⁵¹⁰. Mais par de subtils artifices, la jurisprudence parvient à relativiser cette exigence.

B. Les limites de la loyauté dans l'obtention de la preuve

155.- A la question de savoir si l'enquête de police doit tendre à la même loyauté que l'information judiciaire, l'annotateur de l'arrêt Imbert avait répondu par la négative. Il considérait que si la « Cour de cassation a condamné le procédé envisagé, c'est en tant qu'il s'était trouvé utilisé par un représentant du juge d'instruction au cours d'une information judiciaire régulièrement ouverte. Sa décision ne met pas en cause la valeur de ce même stratagème pour le cas où il aurait été le fait d'organes de la police opérant en cette qualité. Et il ne nous paraît pas douteux qu'il n'était nullement dans l'esprit des magistrats d'étendre de façon pure et simple les garanties qu'ils entendaient faire respecter désormais au domaine de

⁵⁰⁹ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 161.

⁵¹⁰ A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, n° 1399, p. 691 : « le principe de loyauté dans la recherche des preuves a toujours paru s'appliquer à la procédure policière ».

l'enquête officieuse dont les méthodes ne sauraient être appréciées d'après les mêmes critères »⁵¹¹. En d'autres termes, les actes qualifiés de déloyaux dans le cadre d'une information judiciaire sont loyaux dans le cadre des enquêtes de police⁵¹². La Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît avoir suivi cette direction. Après avoir énoncé que les règles gouvernant la recherche de la preuve ne pouvaient être différentes selon le stade procédural, elle semble aujourd'hui être indifférente à la déloyauté de la preuve apportée par une partie lésée⁵¹³ (1), l'étendant sous conditions à la police judiciaire (2).

1. L'indifférence de la déloyauté de la preuve apportée par la partie lésée

156.- En raison de « l'unité dans la chaîne pénale »⁵¹⁴, un « juge renie sa fonction s'il triche »⁵¹⁵, un policier manque à son devoir s'il emploie des procédés déloyaux⁵¹⁶. Il va sans dire que le principe de loyauté dans le recueil des preuves préside à l'action de tous ceux qui collaborent à la recherche de la preuve⁵¹⁷. La généralisation du devoir de loyauté, quelle que soit la qualité du fonctionnaire qui recueille la preuve, serait, dit-on, un obstacle aux investigations. La police judiciaire est souvent tentée de recourir « aux armes qui font le succès de son adversaire, en employant, à son tour, le stratagème et l'artifice »⁵¹⁸ et l'usage de ces procédés semble devenir « monnaie courante »⁵¹⁹. Pour l'heure, la jurisprudence considère que la force de loyauté est plus relative lorsque la recherche de la preuve est faite par les acteurs privés⁵²⁰. Cette conception semble aujourd'hui influencer le recueil de la preuve par les forces de police.

⁵¹¹ A. LEGAL, note sous Cass. crim., 12 juin 1952, *S.* 1954, I, 69.

⁵¹² M. BLONDET, « Les ruses et les artifices au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, p. 1419 ; A. BESSON, « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.* 1958, chron. p. 133 ; P. MIMIN, « La preuve par magnétophone », *JCP* 1957, I, 1370.

⁵¹³ C. SAAS, « Vers une reconnaissance de la loyauté dans la discussion de la preuve ? », *AJ Pén.* n° 7-8 juillet-août 2007, p. 331.

⁵¹⁴ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^e me éd., Litec, 2012, n° 550, p. 433.

⁵¹⁵ PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Procédure pénale*, Sirey, 2013, p. 37.

⁵¹⁶ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n°449, p. 466 : « ... il n'y a donc pas lieu d'opérer de distinction entre la phase de simple constatation policière et la phase d'instruction, ni d'admettre que la loyauté est entachée de relativité quand il s'agit d'apprécier le comportement des fonctionnaires de police ».

⁵¹⁷ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 430.

⁵¹⁸ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, p. 1419.

⁵¹⁹ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 180.

⁵²⁰ La Chambre criminelle de la Cour de cassation ne cesse de rappeler que les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties 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 ».

157.- Il apparaît peu à peu que la Chambre criminelle de la Cour de cassation tient compte des particularités des enquêtes policières. Les actes qui paraîtraient déloyaux au cours de l'information judiciaire seraient admissibles en dehors de cette procédure⁵²¹. Néanmoins, dans le souci de ne pas disqualifier une preuve qui pourrait bénéficier à la personne mise en cause, la police judiciaire ne devrait pas outrepasser un certain seuil au-delà duquel la déloyauté serait caractérisée. Car « dans la dialectique du gendarme et du voleur, les frontières doivent demeurer visibles et reconnaissables »⁵²².

Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que l'enregistrement de la conversation fait par un policier à l'insu d'un avocat soupçonné de complicité constitue une preuve légalement admissible de corruption de fonctionnaire. Dans cette affaire, une information judiciaire avait été ouverte contre personne non dénommée pour trafic de stupéfiants. Soupçonnant un avocat de complicité de ce trafic, un policier de l'office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants avait été contacté par cet avocat qui souhaitait le rencontrer pour obtenir des renseignements dans le cadre de son enquête. Le policier informa sa hiérarchie et se présenta au rendez-vous muni d'un magnétophone dissimulé pour enregistrer les propos de l'avocat à son insu, pendant que d'autres policiers prenaient des photographies de la rencontre. Au vu de la transcription de l'enregistrement jointe au dossier, le procureur de la République saisit le juge d'instruction de réquisitions supplétives contre l'avocat de chef de corruption de fonctionnaire.

L'avocat déposa une requête en annulation pour mise en place d'un procédé déloyal, mais celle-ci fut rejetée par la chambre d'accusation au motif que le policier n'avait fait que répondre à des sollicitations et n'avait en aucune manière participé de manière active à une provocation. La Chambre criminelle de la Cour de cassation cassa l'arrêt au motif que « l'enregistrement effectué de manière clandestine par un policier, agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense »⁵²³. La chambre d'accusation saisie sur renvoi rejeta la requête de l'avocat tendant à l'annulation de la procédure. Le second arrêt rendu adopta finalement la position de la chambre d'accusation qui avait repoussé le grief de la violation du principe de loyauté, en considérant que «

⁵²¹ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Paradigme, 2012, n° 80, p. 45 : « sans doute la force du principe est-elle plus relative lorsque le policier opère en enquête de police. Cela se vérifie dans la jurisprudence ».

⁵²² F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 181.

⁵²³ Cass. crim., 16 déc. 1997, Bull. crim., n° 427 ; D. 1998, Jur. p. 354, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* 1998, comm. 61, obs. A. MARON, p. 21

l'enregistrement critiqué ne constituait pas un acte de procédure susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, ayant été effectué par le fonctionnaire de police, non dans l'exercice de ses fonctions, en vue de constater des faits de trafic de stupéfiants, sur délégation judiciaire, mais, en tant que victime de faits de corruption, pour se constituer une preuve des sollicitations dont il était l'objet ». ⁵²⁴

158.- Si la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne reconnaît toujours pas à la police judiciaire une grande liberté dans l'obtention de la preuve, elle semble toutefois infléchir sa position. Elle considère qu'un policier peut bénéficier du même régime de recueil de preuve que les acteurs privés à la seule condition d'être victime de l'infraction ⁵²⁵. En réalité, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est guidée par la volonté de n'écarter aucune preuve, y compris celle obtenue grâce à l'emploi des procédés déloyaux. C'est sans doute pour éviter d'annuler la transcription de l'enregistrement que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le policier n'agissait pas dans le cadre de ses fonctions, mais en tant que victime d'une infraction. Pourtant, les faits montrent qu'il avait informé sa hiérarchie et d'autres policiers l'attendaient dehors. Il est incontestable qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions. En conséquence, au regard de la jurisprudence relative à la preuve, ce procédé constitue un acte déloyal. Mais la question qui s'est alors posée à la Haute juridiction est celle de savoir si ce procédé a dépassé un seuil minimum autorisé. Il apparaît que toute preuve produite par une victime est recevable dès lors qu'elle peut être discutée contradictoirement. *A contrario*, le même procédé devient déloyal si un policier agit dans le cadre de ses fonctions. Cette jurisprudence vient nourrir les règles de recherche de la preuve une nouvelle distinction : policier victime et policier agissant dans le cadre de sa fonction ⁵²⁶. La question demeure alors posée de savoir comment faire cette distinction. A quel moment un policier devient un acteur privé ou un agent de l'autorité publique ?

⁵²⁴ Cass. crim., 19 janv. 1999, Bull. crim., n° 9 ; *Dr. pén.* 1999, comm. 77, obs. A. MARON ; *JCP* 1999, éd. G, II, 10156, note D. REBUT.

⁵²⁵ La Chambre criminelle de la Cour de cassation accueille toutes les preuves produites par les victimes, eussent-elles été obtenues grâce à l'emploi des procédés déloyaux.

⁵²⁶ P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004, p. 5 : « si l'on suit ce raisonnement, si tant est encore une fois qu'il soit celui de la Chambre criminelle, il serait alors possible d'opérer une distinction dans les activités du fonctionnaire entre celles qui correspondent à la mise en œuvre de prérogatives d'autorité ou de puissance publique, qui sont inhérentes à l'exercice des fonctions, et celles dans lesquelles ce fonctionnaire, n'instrumentant pas directement pour l'exécution d'une délégation judiciaire, pourrait se voir reconnaître un rôle plus actif pour caractériser une infraction répondant aux conditions de la flagrance ».

159.- Malgré cette incohérence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation va réitérer son raisonnement⁵²⁷. Un préfet de Corse avait donné des instructions à un colonel de procéder à la destruction des paillotes « chez Francis ». Ce colonel avait pris soin d'enregistrer les conversations sur une cassette à l'insu du préfet. Lors de son arrestation, ce colonel décida de produire en justice l'enregistrement de la conversation tenue par le préfet. Saisie sur appel la cour d'appel écarta la requête en nullité de la procédure. La Chambre criminelle de la Cour de cassation valida la solution de l'arrêt d'appel, considérant que « l'enregistrement effectué par le colonel à l'insu du préfet, ayant fait l'objet d'une expertise qui a authentifié les propos tenus, a été soumise à la libre discussion des parties, que cet enregistrement ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond ».

Malgré une vive critique d'une partie de la doctrine sur une distinction en matière probatoire entre la police judiciaire et les acteurs privés⁵²⁸, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble maintenir sa position avec un certain infléchissement. Toute personne peut alors produire en justice une preuve obtenue de manière déloyale. Lorsqu'un policier agit comme un acteur privé, il bénéficie du régime de liberté de la preuve à condition que la preuve obtenue soit contradictoirement discutée.

160.- Cette solution tend à éluder la véritable question qui est de savoir pourquoi la loyauté devrait être observée de façon absolue par le juge et de façon relative par la police judiciaire alors même que l'action du policier et celle du juge sont placées sous le signe du respect de la même loi⁵²⁹. Certains auteurs admettent la variabilité de la loyauté selon le rang dans la hiérarchie⁵³⁰ au motif que l'action du juge et du policier sont matériellement différentes⁵³¹. Nous considérons, comme d'autres auteurs, que les principes supérieurs du droit interdisent que la finalité de la preuve puisse justifier les moyens policiers normalement prohibés par ces

⁵²⁷ Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., 2004, n° 243 ; D. 2005, p. 1528, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et M. SEGONDS ; *AJ Pén.* 2004, 451, obs. C. S. ENDERLIN ; *Rév. Pénit.* 2005, 410, obs. C. AMBOISE-CASTEROT ; *RFDA* 2005, 105, obs. C. LAVIALE ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 66, obs. E. FORTIS.

⁵²⁸ J. BUISSON, « Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 393 : « ce principe de loyauté dans la recherche des preuves devrait donc s'appliquer quelle que soit la personne qui recherche et recueille la preuve, y compris lorsqu'il s'agit d'un particulier qui, pour se procurer la preuve recherchée aux fins de production en justice, a usé d'une ruse ou d'un stratagème. Une telle preuve ne devrait pas être acceptée par un tribunal devant lequel elle aurait été produite, la circonstance qu'elle provient d'un particulier ne pouvant en légitimer l'origine frauduleuse. Dans un Etat de droit, le principe de la légalité doit s'imposer à tous, quel que soit celui qui entend administrer la preuve pénale, sauf à donner au principe de liberté de la preuve une portée qu'il n'a pas ».

⁵²⁹ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 430.

⁵³⁰ J.-E. L. note sous Ch. réun. 31 janvier 1888, S. 1889.I.241.

⁵³¹ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, p. 1419.

principes⁵³². Plus particulièrement, la théorie de l'unicité de la preuve serait méconnue en cas de différence de traitement selon la qualité de l'auteur de l'acte⁵³³. La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît floue. Elle semble considérer que la loyauté est indivisible lorsqu'un policier agit dans le cadre de ses fonctions, mais devient relative s'il est victime d'une infraction. Une telle solution, en raison de sa confusion, ne peut que conduire à une insécurité juridique. Au lieu de revenir sur sa position, la jurisprudence semble aller beaucoup plus loin. Le principe de la liberté de la preuve, qui était jusqu'alors un monopole des acteurs privés, s'étend à la police judiciaire sous certaines conditions.

2. Extension sous conditions de la liberté de la preuve à la police judiciaire

161.- Jusqu'alors, la libre obtention de la preuve constituait le domaine « réservé » des acteurs privés. La preuve obtenue par l'utilisation des procédés déloyaux est recevable. La déloyauté de l'obtention de la preuve ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure à la condition que le principe du contradictoire soit respecté. Il va s'en dire que la recevabilité de tout mode de preuve est subordonnée au principe du contradictoire. Celui-ci « régularise l'origine frauduleuse de la preuve »⁵³⁴. En réalité, ce ne sont pas les conditions dans lesquelles la preuve a été obtenue mais bien sa discussion lors du débat.

162.- Dans le souci de faciliter la recherche probatoire, et sans aller jusqu'à faire bénéficier la police judiciaire d'une grande liberté dans la recherche de la preuve, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble admettre certaines pratiques policières dès lors que la preuve obtenue permet de conforter des informations déjà à la disposition de la police judiciaire, de

⁵³² J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 550, p. 433 : « mais, à raison de son unité dans la chaîne pénale, la preuve ne pouvait pas être régie par des règles différentes selon le niveau procédural de son recueil, la fin judiciaire de la preuve ne pouvant justifier les moyens policiers normalement prohibés par les principes » ; J. BUISSON, « Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 393 : « on pourrait craindre que l'admission et la généralisation de l'emploi de la ruse et de l'artifice conduisent à l'établissement d'un univers policier contraire à nos mœurs et à notre civilisation ».

⁵³³ J. BUISSON, « Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 393 : « à raison de l'unité de la théorie de la preuve, il paraissait difficile d'admettre que, dans la phase préparatoire au procès pénal, soit méconnu un principe considéré comme fondamental dans les phases subséquentes, strictement judiciaires, de la procédure. En d'autres termes, la preuve ne pouvant être régie par des règles différentes selon le niveau procédural de son recueil, il ne semblait ni logique, ni cohérent, d'accepter une preuve qu'un policier aurait obtenue par la ruse dans le cadre d'une enquête de police ; alors qu'administrée par un magistrat au cours de la poursuite, de l'instruction ou du jugement, cette preuve eût été rejetée ».

⁵³⁴ Pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties aux seuls motifs 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.

telle sorte qu'elle constitue un indice parmi tant d'autres permettant la manifestation de la vérité.

163.- Après les attentats du 11 septembre 2001, une opération militaire fût menée par les Etats-Unis pour déloger les membres d'Al Qu'Aïda en Afghanistan, soupçonnés d'avoir organisé ces attentats. A la suite de cette opération, plusieurs membres de cette organisation furent arrêtés et détenus illégalement sur la base américaine de Guantanamo, parmi lesquels figuraient des français. Pour les interroger, les policiers français dissimulèrent leur qualité en se faisant passer pour les représentants du consul de France venus pour obtenir des informations pouvant conduire à leur libération. De retour en France, les personnes entendues sont mises en examen et placées sous mandat de dépôt des chefs de « détention et usage de faux documents administratifs en relation avec une entreprise terroriste et association de malfaiteurs en vue de la préparation d'actes de terrorisme »⁵³⁵. Ils découvrent que les auditions dont ils avaient fait l'objet avaient servi partiellement de fondement aux poursuites. Ils décident alors de saisir la chambre de l'instruction tendant à l'annulation des procès-verbaux de leurs auditions à Guantanamo. Celle-ci les déboute de leur demande. Ils décident alors de se pourvoir en cassation en se fondant sur la violation du principe de loyauté dans la recherche de la preuve. La Haute juridiction rejette le pourvoi en considérant que la chambre de l'instruction a écarté à bon droit l'argumentation selon laquelle le réquisitoire introductif était irrégulier, au motif que « leurs auditions ont permis d'asseoir, de conforter, de vérifier, de confirmer ou d'infirmer la réalité et l'authenticité des informations que le magistrat instructeur ou les services de la direction de la surveillance du territoire avaient déjà en leur possession à leur sujet ; que ces auditions, jointes à ces informations, ont constitué des indices que le juge d'instruction a estimé, à juste titre, graves ou concordants de nature à rendre vraisemblable leur participation comme auteurs ou comme complices aux faits dont il était saisi, motivant leurs mises en examen »⁵³⁶.

164.- la nécessité de préserver la procédure conduit au sacrifice de la loyauté⁵³⁷. Lorsque l'agissement à visage découvert est de nature à dissuader les personnes entendues de procéder à des révélations, la police judiciaire serait désormais autorisée à dissimuler sa qualité pour

⁵³⁵ Articles 441-1, 450-1 et 421-1 du Code pénal.

⁵³⁶ Cass. crim. , 18 janv. 2006, n° 05-86.445.

⁵³⁷ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 416, p. 375 : « le principe de loyauté s'assouplit considérablement et la jurisprudence semble aligner les preuves obtenues par les enquêteurs à celles réalisées par les parties privées ».

faciliter les déclarations. Sans nul doute qu'un tel procédé constitue un acte déloyal. Cependant, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'irrégularité de l'obtention de la preuve ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure si les éléments de preuve obtenus ne sont pas les seuls, mais constituent des indices venant renforcer les preuves déjà à la disposition de la police judiciaire. En réalité, cette condition constitue un artifice pour éviter d'annuler ces auditions. Celles-ci bénéficient du même régime juridique que la preuve obtenue par l'intermédiaire d'un témoin anonyme, d'un repentir voire d'un infiltré⁵³⁸. Ce régime exige que la condamnation ne se fonde pas sur cette seule preuve, mais que cette preuve constitue un indice qui complète d'autres indices permettant de prouver la culpabilité⁵³⁹. En fait, la Haute juridiction ne veut pas donner un « blanc seing » à la police judiciaire, c'est-à-dire une liberté totale dans l'obtention de la preuve pour éviter que la fin de mettre un terme à l'infraction puisse justifier tous les moyens possibles⁵⁴⁰.

Par ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour de cassation se réserve tout de même le droit de vérifier que cet indice n'est pas le seul à fonder la condamnation. Il se peut aussi que la Haute juridiction ait finalement entendu la critique formulée par une partie de la doctrine qui n'a cessé de considérer que la discrimination subie par la police judiciaire en matière probatoire se faisait au détriment des investigations⁵⁴¹.

165.- Il est évident que la Haute juridiction manifeste une volonté d'appliquer les règles concernant le recueil de la preuve au regard de l'intérêt de l'investigation. Dès lors que « la procédure pénale ne consacre pas encore une obligation absolue de loyauté »⁵⁴², c'est la gravité de l'infraction qui détermine le degré de respect dû au principe de loyauté. Cette réponse graduée, aussi louable qu'elle paraisse, relativise de manière significative l'influence de loyauté. Il reste que, de façon évidente, elle est la seule garante d'un procès équitable⁵⁴³. Il

⁵³⁸ V. *infra* n° 393, 404 et 450.

⁵³⁹ Articles 706-62, 706-63, 706-87 du Code de procédure pénale.

⁵⁴⁰ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 221 et s.

⁵⁴¹ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 214, p. 336 : « il est clair qu'on crée une forte tentation pour les agents publics qui savent qu'ils ne sont pas autorisés à faire quelque chose, d'inciter des particuliers intéressés aux faits, voire de simples hommes recrutés pour la circonstance, à faire ce qu'ils ne peuvent pas faire eux-mêmes pour accepter ensuite le dépôt des preuves ainsi frauduleusement obtenues » ; JCP, éd. G.II, 22629 ; B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 107 : « quelle est l'utilité d'une réglementation précise des procédés de preuve utilisés par la police et le juge d'instruction, si ces mêmes preuves peuvent être rapportées par la partie civile sans avoir à respecter d'exigences légales, voire en commettant une infraction ».

⁵⁴² S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, *Justices « Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans »*, Dalloz, 1999, p. 117.

⁵⁴³ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 3^{ème} éd., 2005, n° 178.

est alors impératif qu'elle retrouve la place qui doit être la sienne dans la procédure pénale⁵⁴⁴. Pour ce faire, l'harmonisation des règles en matière probatoire entre la police judiciaire et les acteurs privés doit se faire dans le respect des principes supérieurs du droit. La loyauté devrait s'imposer d'une façon identique à la police judiciaire et aux acteurs privés s'ils bénéficient des prérogatives identiques⁵⁴⁵. A l'inverse, la déloyauté devrait également bénéficier à la police judiciaire et aux acteurs privés de la même manière. Cette position mettrait fin à l'application au cas par cas de la loyauté, ce qui renforcerait l'importance de la loyauté dans la recherche de la preuve. La loyauté a été découverte pour corriger les excès de la liberté de la preuve. Le paradoxe actuel est le renforcement de cette liberté au détriment de la loyauté, ce qui revient à remettre en cause sa raison d'être. Alors que la situation paraît relativement différente dans d'autres pays.

166.- En Common law, notamment en Angleterre, la loyauté n'avait aucune existence juridique⁵⁴⁶. D'une façon générale, dans ce système, la justice s'intéressait peu au moyen par lequel une preuve avait été obtenue⁵⁴⁷. Toute preuve était recevable peu importe que celle-ci ait été obtenue par des procédés déloyaux⁵⁴⁸. La police judiciaire bénéficiait donc d'une grande liberté dans le recueil de la preuve⁵⁴⁹. Or, dans un Etat de droit, même si la volonté de faciliter les investigations est louable, elle ne doit pas avoir pour effet de permettre à la police judiciaire d'outrepasser ses pouvoirs⁵⁵⁰. Ainsi, l'évolution actuelle permet de constater que la recherche de la preuve par la police judiciaire est encadrée par la loyauté⁵⁵¹. L'adoption en Angleterre du « Police and criminal evidence act » en 1984 consacre le respect de la loyauté en matière probatoire. Désormais, le juge peut « refuser une preuve que veut présenter le procureur s'il lui semble que, compte tenu de toutes les circonstances, y compris celles dans

⁵⁴⁴ J.-F. RENUCCI, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 881.

⁵⁴⁵ PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Procédure pénale*, Sirey, 2013, n° 66, p. 42 : « de même, le juge d'instruction ne peut refuser de joindre au dossier une preuve administrée par la partie civile et obtenue éventuellement de façon déloyale voire au prix d'une infraction pénale et la juridiction de jugement ne peut refuser de l'examiner. Persistant dans ses erreurs, la chambre criminelle juge de même pour la preuve obtenue de manière déloyale et administrée par un témoin ou une personne mise en examen ».

⁵⁴⁶ L. LEIGH, « La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé », *RID pén.* 1985, p. 213 : « l'esprit anglais n'admet qu'à contre cœur qu'un moyen de preuve soit inadmissible ».

⁵⁴⁷ LEATHEM, 1861, 8 Cox CC 498, « de quelque façon que vous l'ayez obtenue, même si vous l'aviez volée, la preuve serait recevable ».

⁵⁴⁸ J.-R. SPENCER, « Les limites en matière de preuve, aspects actuels », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 42 et s.

⁵⁴⁹ JONES c/ OWENS, 1870, 34 JP 759 : « il serait un obstacle dangereux à l'administration de la justice si nous décidions qu'une preuve ne pouvait être utilisée contre un préposé en raison du fait qu'elle avait été obtenue par un moyen illégal ».

⁵⁵⁰ G. DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, chron. p. 153.

⁵⁵¹ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 243, p. 296 : « le critère légal est donc celui de la déloyauté de la procédure, de la correction morale dans la recherche de la preuve ».

lesquelles la preuve a été obtenue, la réception de la preuve aurait un effet si préjudiciable à l'équité du procès qu'il ne doit pas la recevoir »⁵⁵². La différence d'approche entre le système français et celui de Common law, conséquence de la différence dans la prise en compte des moyens utilisés par la police judiciaire, tend peu à peu à disparaître. Dans ces deux systèmes, les nécessités probatoires ne sauraient conduire à méconnaître la loyauté.

167.- Il est à noter que si l'Angleterre a fait évoluer son système de preuve, les Etats-Unis maintiennent un principe selon lequel refuser une preuve en raison du moyen irrégulier de l'obtenir est hors de question. Cette position se fonde sur le libre recueil de la preuve. L'absence de contrôle autorise un policier qui, pour établir la preuve de l'infraction de prostitution, puisse se faire passer pour un client. Plus étonnant est le rôle joué par les « policiers femmes » dans l'arrestation des clients, elles ont le droit non seulement de se faire passer pour des prostituées auprès des passants, mais également de provoquer toute personne se trouvant sur leur chemin. Parfois, elles n'hésitent pas à insister même si le client est désintéressé⁵⁵³. Cette conception ne semble pas satisfaisante. Cela voudrait dire que toute personne serait suspecte. Dans ce cas, la police judiciaire troublerait l'ordre public qu'elle est censée protéger. Son comportement supprimerait la libre volonté de la personne. Celle-ci est incitée à commettre une infraction qu'elle n'aurait pas commise sans l'insistance des policiers. Cette conception n'est pas recevable dans le système probatoire français. Cela est dû à la consécration du principe de loyauté.

⁵⁵² Article 78 du Police and Criminal Evidence Act 1984.

⁵⁵³ Enquête exclusive, diffusée sur M6, dimanche 23 novembre 2008 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 262, p. 311 et 312.

§2. Une reconnaissance législative partielle

168.- Marquée du sceau de la protection des individus et du respect de la fonction judiciaire, la loyauté imprègne la matière probatoire d'une telle manière que le législateur ne peut ignorer son existence. Il est vrai que la doctrine en a fait un principe gouvernant la recherche et l'appréciation de la preuve⁵⁵⁴. Toutefois, la loyauté se présente comme un concept fluctuant. Cette situation accorde au juge un rôle considérable puisqu'il apparaît comme la seule personne légitime à modérer sa force au regard de l'image qu'il se fait de la justice⁵⁵⁵. L'affirmation solennelle pose évidemment d'éminents problèmes au législateur : en consacrant la loyauté, le législateur serait forcé de donner une définition claire et précise au nom du respect de principe de légalité⁵⁵⁶. Or, une notion morale est difficilement définissable. C'est sans doute cette difficulté qui a conduit, dans la reconnaissance de la loyauté, à un interventionnisme législatif limité (B) à défaut d'une affirmation textuelle générale (A).

A. Le défaut d'une affirmation textuelle générale du principe de loyauté

169.- En dépit de son importance, la loyauté probatoire n'est pas consacrée expressément par le législateur. Cela ne signifie nullement que le législateur ignore son existence. Ce mutisme traduit simplement la difficile acceptation d'une conception aux contours flous qui serait amenée à remettre en cause certains actes policiers. Il est possible de s'appuyer sur le bon sens d'un juge investi d'une mission essentielle : rechercher la vérité en toute transparence⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535 ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 155 et s ; E. MOLINA, La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, PUAM, 2001, n° 390, p. 411 ; M.-H. LAKHOUA, *La loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale*, Thèse, Paris II, 1973 ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, nouvelle bibliothèque des thèses, 2003 ; P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004 ; L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. Droit.* 2000, tome 44, p. 195 ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 336, p. 291 ; F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 179 ; L. RAISON-REBUFAT, « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.* 26-27 juil. 2002, doctr. p. 3 et s ; P. HENNION, *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse, Nice, 1998, n° 323 et s.

⁵⁵⁵ P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004, p. 1 ; B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale, Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 101 : « finalement, serait déloyal ce qui contrevient à l'image que l'opinion commune se fait de la justice, dans une affaire donnée, et qui ne permet plus d'accepter la décision rendue ».

⁵⁵⁶ Article 111-1 du Code pénal.

⁵⁵⁷ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 157 : « il existe heureusement un élément pondérateur : la loyauté dans la recherche des preuves, qui protège l'individu contre les abus toujours possibles et impose à l'enquête un style ».

Certes, l'équilibre est délicat à instaurer⁵⁵⁸. D'un côté, la déloyauté écarte la preuve obtenue en excluant toute possibilité de discussion. De l'autre côté, le législateur est réticent à la reconnaître explicitement (1), se contentant de l'éparpillement des diverses sources textuelles légales (2).

1. La réticence législative : exemple de la loi du 15 juin 2000

170.- Considérée comme l'une des plus importantes et ambitieuses par sa volonté de réformer en profondeur la procédure pénale, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et des droits des victimes⁵⁵⁹ était une occasion formidable pour le législateur d'accorder enfin, à la loyauté, la place qui est la sienne dans la procédure pénale⁵⁶⁰. L'un des ajouts au projet de loi avait placé au cœur de l'énoncé des principes directeurs l'affirmation « que les preuves sur le fondement desquelles il est statué aient été loyalement obtenues »⁵⁶¹. La loyauté avait donc une reconnaissance juridique qui venait mettre fin à un débat sur sa nature et son régime juridique : désormais, la loyauté était légalement élevée au rang du principe directeur gouvernant l'obtention de la preuve⁵⁶². C'était sans compter sur l'opposition du Sénat qui a rejeté cet ajout, et fut finalement suivi par l'Assemblée nationale. Pour autant, cette absence de consécration législative expresse ne fait pas perdre à la loyauté sa substance ; elle reste malgré tout un principe supérieur du droit. Certains auteurs ont tenté d'expliquer ce mutisme législatif comme le signe d'un principe de droit naturel inhérent à la procédure pénale⁵⁶³. La hiérarchie des principes se révèle dès lors essentielle. D'essence

⁵⁵⁸ N. LEGER, « Enregistrement clandestin et loyauté de la preuve », *JCP* 2005, éd. G. II, 10025.

⁵⁵⁹ CH. LAZERGES, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : Histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 6 et s ; F. LE GUNEHÉC, « Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Première partie : Dispositions communes à l'enquête et l'instruction », *JCP* 28.06.2000, éd. G, n° 26, Actualité, Aperçu rapide, p. 1223.

⁵⁶⁰ J.-F. RENUCCI, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 881 ; E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 400, p. 422.

⁵⁶¹ CH. LAZERGES, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 11 : « il s'agit d'autre part, de l'affirmation que les preuves sur le fondement desquelles il est statué aient été loyalement obtenues, mais ce complément n'a pas été retenu par le Sénat et a finalement été abandonné » ; P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004, p. 6 : « au cours des débats parlementaires de la future loi du 15 juin 2000, un amendement avait été déposé tendant à ce qu'il soit précisé qu'il ne pouvait être statué sur l'accusation que sur le fondement de preuves loyalement obtenues ».

⁵⁶² E. VERGES, *Les principes directeurs en droit processuel*, Thèse, Aix-Marseille, 2000, p. 65.

⁵⁶³ A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535 : « si le principe n'est pas exprimé dans un texte, c'est sans doute qu'il est vu comme un principe processuel de droit naturel, une règle inhérente à toute procédure, une exigence d'essence supérieure ».

supérieure⁵⁶⁴, elle s'impose à tous, même au législateur. A cet égard, la loyauté n'a pas besoin d'être prévue par un texte pour exister et s'appliquer. Cette position fait de la loyauté un « droit naturel dans la pratique jurisprudentielle »⁵⁶⁵ dont l'impact varie selon les circonstances.

171.- Cependant, c'est une démarche tout à fait différente qui a conduit le législateur à refuser de donner une valeur normative à la loyauté. Il est possible de voir dans cette réticence une méfiance envers un principe aux contours incertains, susceptible d'entraver les enquêtes de police. Parce qu'elle est l'une des manifestations de la légalité, la loyauté entrerait en conflit avec l'efficacité. Elle renforcerait les droits attachés à la personne mise en cause⁵⁶⁶. Il n'est pas excessif de dire que le législateur reconnaît de manière implicite à la police judiciaire que dans certains cas, l'objectif de mettre un terme à l'infraction puisse justifier tous les moyens possibles⁵⁶⁷. Il est important de rappeler que l'obtention d'un grand nombre d'éléments de preuve par la police judiciaire se fait dans les limites du tolérable.

172.- C'est bien la fragilité et la difficulté rencontrées par la police judiciaire dans le recueil de la preuve qui constituent simplement et purement la raison principale du défaut d'une affirmation textuelle expresse. Il ne s'agit donc pas d'un principe de droit naturel protégeant de manière absolue les libertés fondamentales. Bien au contraire, il s'agit d'un principe faisant l'objet d'une interprétation variable et d'une application pragmatique. Sa place dépend de l'évolution de la société et de la politique pénale. Si, à un moment donné, la priorité est donnée à l'intérêt de l'enquête, la loyauté serait interprétée d'une telle manière qu'un acte qui pouvait recevoir la qualification de déloyal deviendrait loyal. A l'inverse, si la priorité est donnée au renforcement de la protection des libertés individuelles, le même acte serait qualifié de déloyal. Cette position est-elle satisfaisante ? On ne peut guère nous réjouir de

⁵⁶⁴ F. CASORLA, « Les principes directeurs du procès pénal, Principes généraux du droit ? Essai de clarification », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 53 et s ; A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 135.

⁵⁶⁵ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges ROUBIER*, Paris, 1961, t. 2, p. 175 et s.

⁵⁶⁶ J. PRADEL, « La montée des droits du délinquants au cours de son procès, Essai d'un bilan », in *Mélanges LARGUIER*, Presse Universitaires de Grenoble 1993, p. 223 et s.

⁵⁶⁷ Notamment en matière de criminalité organisée.

cette solution. Le principe d'interprétation stricte des textes pénaux, corollaire de la légalité, conduit à faire appel au bon sens du législateur dans la consécration expresse de la loyauté⁵⁶⁸.

173.- La tendance actuelle est à l'application graduée de la loyauté au détriment des libertés. Cela s'explique par le fait que la politique pénale, souvent justifiée par le sentiment d'insécurité⁵⁶⁹, aboutit à faciliter l'obtention de la preuve. Il revient au juge, pour éviter les abus les plus criants, de ne pas être tenté de réduire le rôle de la loyauté dans la recherche de la preuve de telle sorte que la liberté serait la règle et la loyauté l'exception.

Par ailleurs, l'absence de reconnaissance législative expresse ne signifie aucunement l'ignorance de la loyauté. Le Code de procédure pénale contient diverses sources textuelles qui sont cependant éparpillées.

2. L'éparpillement des diverses sources textuelles

174.- Même s'il peut être regrettable que la loyauté ne soit pas explicitement prévue par la loi, il est toutefois à noter son apparition implicite sous d'autres formes. L'influence croissante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et celle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduisent à son insertion dans le droit interne. L'article préliminaire du Code de procédure pénale dont la loyauté est aux « abonnées absentes » énonce avec force le principe selon lequel « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties »⁵⁷⁰. Il est soutenu que l'équité procédurale englobe la loyauté⁵⁷¹ et imprègne toute la procédure de la phase préparatoire à la phase de jugement⁵⁷². C'est ainsi que toute personne mise en cause a le droit d'être informée dans le plus court délai dans une langue qu'elle comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre elle⁵⁷³. La police judiciaire est tenue de

⁵⁶⁸ J.-C. MAGENDIE, *Rapport sur l'efficacité et la célérité de la justice*, La Doc. Fra., 2005 ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

⁵⁶⁹ J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. pol. crim.* 2003, XXV, Pedone, p. 64.

⁵⁷⁰ H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 13.

⁵⁷¹ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 551, p. 434 : « le respect de ce principe de loyauté entre dans les garanties du procès équitable » ; P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004, p. 1 et s : « la Cour européenne des droits de l'homme, depuis un arrêt du 6 décembre 1988, paraît avoir consacré une obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves, corollaire de l'exigence d'un procès équitable ».

⁵⁷² G. CORSTENS, J. PRADEL et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 339, p. 378 : « de toutes façons, c'est l'accusation qui fait démarrer l'application de l'article 6, en sorte que ce texte, loin de se limiter à la phase de jugement englobe également une bonne partie de la phase préparatoire ».

⁵⁷³ Article 6 § 3 a de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

faire connaître à la personne mise en cause les raisons de son arrestation de manière suffisamment claire et précise. Cela implique que lorsque la personne mise en cause ne parle pas la langue, elle doit bénéficier d'un interprète⁵⁷⁴. Parce qu'une liberté fondamentale se trouve être en jeu, les prérogatives policières sont alors encadrées.

175.- La loyauté dans la phase préparatoire du procès pénal est un mécanisme de lutte contre les abus policiers. L'exigence d'une certaine transparence dans la recherche de la preuve implique une position égalitaire entre le mis en cause et la police judiciaire. Le premier, pour répondre aux accusations portées par le second à son encontre, peut interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge⁵⁷⁵. Les témoins déposent le plus souvent à l'insu de la personne mise en cause. Pour vérifier la véracité des propos, il est nécessaire de les confronter avec ceux de la personne mise en cause, et ceux des personnes déposant en faveur de cette dernière. En cas d'impossibilité de garantir cette confrontation, il incombe à l'autorité compétente de préciser les causes⁵⁷⁶. Il en résulte que toute personne qualifiée de témoin doit subir un « contre interrogatoire », peu importe qu'elle ait déposé anonymement. Cette dernière situation fait obligation de mettre en place un dispositif technique susceptible d'organiser ce « contre interrogatoire ». En outre, un témoin peut mentir, oublier ou vouloir se venger. Ce danger est pris en compte dans la mesure où aucune condamnation ne peut se fonder sur ce seul témoignage⁵⁷⁷.

Même si la vérité judiciaire n'est pas une vérité absolue⁵⁷⁸, la loyauté participe de la bonne administration de la justice et implique que la preuve de l'infraction se fonde sur des éléments solides. A cet égard le témoignage fait défaut, il ne peut constituer qu'un indice venant renforcer d'autres indices pour former une véritable preuve.

⁵⁷⁴ Article 6 § 3 e de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁵⁷⁵ Article 6 § 3 d de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁵⁷⁶ Cass. crim., 12 janv. 1989, Bull. crim., n° 13 ; *Rev. sc. crim.* 1989, p. 350, obs. BRAUNSCHWEIGH.

⁵⁷⁷ CEDH, 20 nov. 1989, *Kotovskiy c/ Pays-Bas*, *Rev. sc. crim.* 1990. 149 et 388, obs. L.-E. PETTITI ; CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, *RDPC* 1997. 1221, note M.-A. BEERNDERT ; *D.* 1997. Somm. 207, obs. J.-F. RENUCCI ; *Rev. sc. crim.* 1997. 448, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen c/ Pays-Bas*, *RTDH* 1998, 145, note J. DE CODT ; *D.* 1997. somm. 359, obs. J.-F. RENUCCI ; *D.* 1998. Somm. 174, obs. J. PRADEL.

⁵⁷⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 120 ; P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et procédure pénale*, Sirey, Paris, 1929, n° 228.

Le droit au procès équitable garantit donc au mis en cause l'égalité des armes et le contradictoire⁵⁷⁹ dont la loyauté constitue l'une des manifestations externes.

176.- Par ailleurs, sans s'appuyer sur l'équité procédurale, l'exigence de la loyauté de la preuve est appréhendée par la loi comme un moyen de contrôle des diverses opérations policières. Dans ses enquêtes, la police judiciaire n'est pas totalement libre puisque la loi fait du procureur de la République le chef de la police judiciaire⁵⁸⁰. Celle-ci ne peut effectuer des actes sans informer le procureur de la République. Celui-ci doit être informé de la commission d'infractions⁵⁸¹, du placement de la garde à vue⁵⁸² et les procès-verbaux doivent indiquer la manière dont les témoignages ont été recueillis⁵⁸³. Ces obligations imposent une certaine droiture dans les enquêtes à défaut d'une véritable transparence.

En dehors du procureur de la République, d'autres personnes peuvent contrôler le respect de la loyauté par la police judiciaire. D'une part le mis en cause lui-même. A la fin de l'audition, le policier doit lui transmettre le procès-verbal d'audition et celui-ci doit le relire et signer⁵⁸⁴. La relecture est essentielle car si les propos contenus dans le procès-verbal ne le satisfont pas, le mis en cause peut refuser de le signer. Etant donné que c'est le policier qui rédige le procès-verbal, il peut être amené à déformer les propos du mis en cause. Ainsi, le propos-verbal doit transcrire de la façon la plus fidèle possible les propos tenus par le mis en cause. La police judiciaire ne doit ni ajouter, ni enlever mais juste recueillir les réponses de la personne mise en cause. Même si le mis en cause exerce rarement son droit de regard, il est toutefois à noter qu'il s'agit d'un moyen de prévention de la déloyauté dans la recherche de la preuve. Le policier doit en outre mentionner sur le procès-verbal la durée des auditions et des repos séparant ces auditions⁵⁸⁵.

⁵⁷⁹ Article 6 § 1 et article 6 § 3 d de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁸⁰ L'article 12 du Code de procédure pénale dispose que « la police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre ».

⁵⁸¹ L'article 54 du Code de procédure pénale dispose que « en cas de crime flagrant, l'officier de police judiciaire qui en est avisé, informe immédiatement le procureur de la République... ».

⁵⁸² L'article 63 du Code de procédure pénale dispose que « l'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République ».

⁵⁸³ Article 64 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁴ Article 64 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁵ Article 64 du Code de procédure pénale.

D'autre part, la personne mise en cause peut même exiger certains droits : prévenir une personne de son choix⁵⁸⁶, le droit à examen médical⁵⁸⁷ et le droit de s'entretenir avec un avocat⁵⁸⁸. Ce dernier droit constitue un moyen puissant de contrôle, et son rôle s'est accru. En effet, jusqu'à la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 l'entretien ne pouvait durer que trente minutes maximum et l'avocat ne pouvait accéder au dossier. Depuis cette loi, la personne gardée à vue peut se faire assister par un avocat durant toute la mesure. Au surplus, l'avocat peut consulter certaines pièces de la procédure⁵⁸⁹ et faire des observations écrites à l'issue de chaque audition jointes au dossier. La présence de l'avocat dissuade la police judiciaire d'utiliser des procédés supprimant le libre arbitre. Sa mission consiste à vérifier la régularité de la procédure de la garde à vue.

177.- En outre, lorsque la perquisition est décidée, le mis en cause doit être présent ou à défaut, l'officier de police judiciaire doit désigner deux personnes en dehors des personnes relevant de son autorité administrative⁵⁹⁰. Ainsi, l'inventaire et la mise sous scellés des objets et documents saisis se font en présence du mis en cause ou de tiers. Il s'agit non seulement d'éviter tout risque de contestation de la part de la personne mise en cause, mais également d'empêcher que la police judiciaire puisse déposer certains éléments de preuve mettant en cause la personne, en faisant croire qu'ils se trouvaient dans son domicile.

178.- De même, lorsqu'elle est commise rogatoirement, la police judiciaire est tenue par le principe de la légalité dont la loyauté est l'une des garanties. Elle doit mener l'enquête à charge et à décharge⁵⁹¹. Cette obligation impose un parfait devoir de neutralité. La police judiciaire ne saurait être soupçonnée de partialité. Ce faisant, elle doit trouver des éléments de preuve en faveur et en défaveur du mis en cause. Il arrive parfois que l'impartialité de l'instruction soit méconnue. Toutefois, même si le juge comme la police judiciaire peuvent être tentés d'instruire à charge, les moyens utilisables aux fins de parvenir à la manifestation de la vérité sont strictement encadrés par la loi.

⁵⁸⁶ Article 63-2 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁷ Article 63-3 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁸ Articles 63-3-1 à 63-4-3 du Code de procédure pénale.

⁵⁸⁹ Article 63-4-1 du Code de procédure pénale. L'avocat peut désormais consulter le procès-verbal de notification du placement en garde à vue et de notification des droits du gardé à vue, le certificat médical ainsi que les procès-verbaux d'audition déjà effectués.

⁵⁹⁰ Article 57 du Code de procédure pénale.

⁵⁹¹ Article 152 du Code de procédure pénale.

179.- L'intensification et la diversification des moyens de contrôle des opérations policières montrent la volonté de lutter contre la déloyauté de la preuve. La police judiciaire ne peut faire ce que bon lui semble, bien au contraire, elle est tenue par une obligation de transparence. L'obtention de la preuve doit se faire dans la transparence la plus totale. Il est dans l'intérêt de l'institution policière d'adhérer à cette règle sous peine de déshonorer sa fonction. Dans le souci d'assurer la paix sociale et de préserver l'équilibre, le législateur est intervenu d'une manière limitée dans la reconnaissance de la loyauté.

B. Les dérogations spéciales au principe de loyauté

180.- La police judiciaire a reçu comme mission de constater les infractions, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs⁵⁹². Cette règle s'applique parfaitement dans le cadre des méthodes réactives, c'est dire que la police judiciaire réagit face à un comportement délictueux. C'est le cas lors d'un flagrant délit⁵⁹³. Cette méthode a montré son importance pour les infractions mineures. En revanche, face à des infractions graves, elle est devenue insuffisante pour mettre hors d'état de nuire certains individus. Le caractère complexe et occulte de certaines infractions rend difficile la preuve des agissements illicites et l'identification des auteurs. Face à ce problème, la solution trouvée est l'enquête dite « proactive »⁵⁹⁴ : il s'agit d'un moyen pour la police judiciaire d'infiltrer les réseaux criminels pour faciliter le recueil de la preuve. Ce renversement conduit la police judiciaire à jouer un rôle beaucoup plus actif. Cependant, pour éviter qu'elle sorte de sa « passivité »⁵⁹⁵ pour devenir un agent incitateur, le législateur est intervenu pour interdire le recours à des actes d'incitation à des infractions (1). Fort malheureusement, cette prohibition ne concerne pas l'ensemble des actes accomplis par la police judiciaire. Pour pallier cette carence, la jurisprudence a fait progresser la loyauté en l'étendant à tous les actes policiers (2).

⁵⁹² Article 14 du Code de procédure pénale.

⁵⁹³ L'article 53 du Code de procédure pénale dispose que « est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre. Il ya aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit ».

⁵⁹⁴ B. DE SMET, « Le juge d'instruction : obstructionniste ou acteur indispensable dans le procès pénal », *RID pén.* 1996, p. 456 : « la présomption qu'une infraction sera commise dans un avenir proche » ; J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, chron. p. 57 : « l'enquête proactive peut se définir comme l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d'infractions ou détecter des infractions déjà commises, mais encore inconnues ».

⁵⁹⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 160, p. 201.

1. L'interdiction du recours à des manœuvres d'incitation à des infractions

181.- Il est soutenu que la loyauté s'est surtout développée dans le domaine des provocations policières⁵⁹⁶. C'est pourquoi la prohibition des actes d'incitation à des comportements délictueux constitue l'une des manifestations visibles de la loyauté. D'abord dégagée par la jurisprudence⁵⁹⁷, l'interdiction du recours à des manœuvres d'incitation à des infractions a aujourd'hui reçu une consécration législative dans des domaines bien particuliers. C'est ainsi qu'en matière de trafic de stupéfiants, la loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991⁵⁹⁸ avait institué les opérations de livraison surveillées et contrôlées⁵⁹⁹. Celle-ci précisait que ces actes ne pouvaient déterminer la commission des infractions⁶⁰⁰. Cette disposition a été abrogée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁶⁰¹ en substituant à la place des opérations d'infiltration, tout en reprenant à son compte que ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions⁶⁰². Cette opération d'infiltration a été étendue à l'usage d'Internet à des fins probatoires par la police judiciaire, tout d'abord par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et concernant les infractions de traite des êtres humains⁶⁰³, de proxénétisme⁶⁰⁴, de recours à la prostitution de mineurs⁶⁰⁵ ainsi que les provocations de mineurs à commettre des actes illicites, immoraux ou dangereux⁶⁰⁶, tout en excluant que ces actes puissent

⁵⁹⁶ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 551, p. 433 : « le principe de loyauté dans la recherche des preuves sous-tend, en quelque sorte, la question de la provocation policière » ; E. VERGES, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec, 2011, n° 108, p. 81 : « le principe de loyauté s'est surtout développé dans le domaine des provocations policières ».

⁵⁹⁷ Cass. crim., 2 mars 1971, Bull. crim., n° 71 ; Cass. crim., 16 mars 1972, Bull. crim., n° 108 ; Paris, 28 avr. 1989, *Dr. pén.* 1989, n° 75.

⁵⁹⁸ J. PRADEL, « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi, commentaire de la loi n° 91-1264 du 18. 12. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants », *D.* 1992, chron. p. 229 et s.

⁵⁹⁹ L'ancien article 706-32 du Code de procédure pénale disposait que « ... Les officiers et, sous l'autorité de ceux-ci, les agents de police judiciaire peuvent, après en avoir informé le procureur de la République, procéder à la surveillance de l'acheminement de stupéfiants ou de produits tirés de la commission desdites infractions. Ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent ces stupéfiants ou ces produits ou mettent à la disposition des personnes se livrant aux infractions (...) des moyens de caractère juridique, ainsi que des moyens de transport, de dépôt, de stockage, de conservation et de communication ».

⁶⁰⁰ L'ancien article 706-32 du Code de procédure pénale.

⁶⁰¹ B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La lutte contre le crime organisé », *D.* 2004, chron. p. 1910 et s.

⁶⁰² Article 706-81 alinéa du Code de procédure pénale précise qu'« à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions ».

⁶⁰³ Articles 225-4-1 et suivants du Code pénal.

⁶⁰⁴ Articles 225-5 et suivants du Code pénal.

⁶⁰⁵ Articles 225-12-1 et suivants du Code pénal.

⁶⁰⁶ Articles 227-18 et suivants du Code pénal.

constituer une incitation à commettre ces infractions⁶⁰⁷. Ensuite, pour lutter contre l'apologie du terrorisme, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 autorise l'infiltration dans le but de constater les infractions mentionnées au sixième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse tout en précisant qu'à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions⁶⁰⁸. Par ailleurs, la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 consacre l'opération d'infiltration dans le but de constater les infractions commises à l'occasion de paris ou de jeux d'argent ou de hasard en ligne et prévoit qu'à peine de nullité, ces actes ne peuvent avoir pour effet d'inciter autrui à commettre une infraction⁶⁰⁹

182.- Toute personne dispose d'une liberté d'action dans la prise de décision. La police judiciaire ne peut user d'aucun piège de nature à inciter une personne à commettre une infraction. Car un tel comportement affecte le libre arbitre⁶¹⁰ et pose des difficultés quant à la caractérisation de l'élément moral de l'infraction⁶¹¹. De plus, même si la contrainte⁶¹² n'est pas retenue, la police judiciaire se rend coupable de complicité par provocation⁶¹³. Or, la mission de la police judiciaire consiste à faire respecter la loi. Il serait difficilement admissible la violation de la loi par la police judiciaire pour assurer sa fonction. Dans un Etat de droit, la loi est la même pour tous : soit qu'elle punisse, soit qu'elle protège⁶¹⁴. Il ressort de ces observations que la finalité de cette interdiction de provocation à l'infraction est double : elle impose à la fois le respect de la loyauté et de l'égalité des citoyens devant la loi. Néanmoins, cette prohibition législative ne concerne pas tous les agissements délictueux. Il semble seulement se limiter aux infractions occultes⁶¹⁵ et graves⁶¹⁶. Quoiqu'il en soit, tracer la frontière entre la provocation admissible et la provocation inadmissible devient de plus en

⁶⁰⁷ Les articles 706-35-1 et 706-47-3 du Code de procédure pénale disposent que « Les officiers ou agent de police judiciaire agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire peuvent, s'ils sont affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités à cette fin, procéder aux actes suivants sans en être pénalement responsables : participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques ; être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver les contenus illicites. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions ».

⁶⁰⁸ Article 706-25-2 du Code de procédure pénale.

⁶⁰⁹ Article 59 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010.

⁶¹⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., PUF, 2013, p. 508.

⁶¹¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997, n° 584.

⁶¹² L'article 122-2 du Code pénal énonce que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».

⁶¹³ L'article 121-7, alinéa 2 du Code pénal dispose que « est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

⁶¹⁴ Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁶¹⁵ Dans le contexte numérique, notamment en matière d'atteintes aux mineurs.

⁶¹⁶ Criminalité et délinquance organisées.

plus délicat. Compte tenu de la méthode utilisée, en permettant d'infiltrer certains réseaux de criminalité, la police judiciaire participe à la commission d'infractions. Cette autorisation la pousse à jouer un rôle actif. Elle n'agit pas à visage découvert, bien au contraire, elle entre en contact avec des personnes suspectes en dissimulant son identité pour établir une relation de confiance.

183.- Il est évident que la provocation à l'infraction ne constitue pas un critère de la déloyauté mais un prétexte d'affaiblissement de la loyauté au profit de l'investigation. Si c'était une condition de la déloyauté, elle devait s'imposer dans tous les domaines. Pourtant, les domaines où le législateur proscrie la provocation à l'infraction sont des domaines dans lesquels, pour établir la preuve de l'infraction, la police judiciaire est contrainte de masquer son identité pour approcher une personne suspecte en usant d'une identité d'emprunt. La tentation est grande pour l'éventuel suspect d'accomplir certains actes en présence ou avec l'agent infiltré. D'une manière générale, l'infiltré concourt à la commission de l'infraction. Celle-ci englobe aussi bien la provocation à l'infraction que la provocation à la preuve. L'argument de certains auteurs consistant à considérer que le besoin d'un rappel législatif de la prohibition de la provocation à l'infraction ne s'impose pas à raison du principe de la loyauté dans la recherche des preuves⁶¹⁷ n'est pas satisfaisant. L'infiltration est par principe de nature à franchir la limite entre la provocation licite et la provocation illicite.

184.- Il est incontestable que la véritable condition de la loyauté est la préexistence de l'activité délictueuse de la personne mise en cause⁶¹⁸. Celle-ci constitue la preuve de l'absence de provocation. La police judiciaire ne peut infiltrer ces réseaux criminels que si elle se trouve déjà en possession d'indices suffisamment importants. Par cette précision, il ne pourrait être reproché à des policiers de recueillir la preuve à la suite de la provocation. A l'inverse, ce qui est interdit aux policiers, c'est de se livrer à des actes d'incitation à des infractions, faute d'indices de participation ou de commission d'infractions. L'infiltration est subordonnée à l'existence d'indices justifiant la participation à des actions délictueuses. Cette disposition, rappelant qu'à peine de nullité les actes ne peuvent constituer une incitation à commettre les infractions est en réalité un principe général dont l'infiltration constituerait une

⁶¹⁷ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 551, p. 434 : « le législateur éprouve parfois le besoin de rappeler cette interdiction de toute provocation. Ainsi la loi du 9 mars 2004 édicte qu'à peine de nullité, les actes de l'agent infiltré ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions, même si ce rappel ne s'impose pas à raison du principe de la loyauté dans la recherche des preuves ».

⁶¹⁸ V. *infra* n° 442 et s.

dérogação⁶¹⁹. Un principe général a tendance à s'appliquer à tous les actes accomplis par la police judiciaire. Il est à cet égard aisément compréhensible que la jurisprudence ait étendu le champ d'application de la loyauté à l'ensemble des actes policiers⁶²⁰.

2. La progression limitée de la loyauté aux actes accomplis par la police judiciaire

185.- Le législateur semble garantir la loyauté en censurant les agissements provocateurs des policiers. La personne suspectée doit avoir l'intention arrêtée de commettre l'infraction. Sa liberté de décision doit demeurer entière. L'intervention policière doit avoir pour effet de permettre la constatation d'infractions déjà commises et d'en arrêter la continuation⁶²¹. Il résulte de ces observations que le législateur restreint la déloyauté aux seules provocations policières. Cela étant, certains comportements policiers, loin de constituer une provocation, peuvent être appréhendés à raison de leur déloyauté. Concernant l'audition séparée de plusieurs suspects, il arrive parfois que la police judiciaire déforme les propos de chacun dans un but précis : qu'ils se dénoncent mutuellement. Alors même que la police judiciaire a parfaitement conscience que la dénonciation n'aurait pas lieu si elle transcrit fidèlement les propos des mis en cause. En dehors de ces rares procédés, il est tacitement admis qu'une personne ou un mis en cause puisse procéder à des révélations sans qu'elles fassent l'objet d'une transcription dans un procès-verbal. Il s'agit, dans ce cas, pour la police judiciaire de simples renseignements, « d'indices de preuve, susceptibles de s'ajouter à d'autres indices »⁶²². Pour mettre en cause la personne dénoncée, la police judiciaire est donc obligée d'obtenir d'autres indices. En l'absence de consentement de l'intéressé, la police judiciaire peut-elle transcrire les propos dans un procès-verbal ? Ce comportement peut-il être qualifié de loyal ? A cette double question, il convient de répondre par la négative. Dorénavant, la déloyauté ne se limite plus à l'emploi de la ruse, d'un artifice et d'une provocation. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que la transcription effectuée par un officier de police judiciaire, contre le gré de l'intéressé, des propos qui lui étaient tenus, officieusement, par la personne suspecte éludait les règles de la procédure et compromettrait les droits de la défense et que la rédaction du procès-verbal litigieux constituait un procédé

⁶¹⁹ V. *infra* n° 464 et s.

⁶²⁰ E. VERGES, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec, 2011, n° 108, p. 81 : « en jurisprudence, le principe de loyauté s'est surtout développé dans le domaine des provocations policières. Mais progressivement, la Cour de cassation a étendu le champ d'application du principe ».

⁶²¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 157, p. 198 : « le policier se contente de constater le développement psychologique et matériel d'un processus infractionnel dans lequel la décision de commettre l'infraction demeure entièrement libre : le piège tendu n'est pas la cause de l'infraction, qui aurait été commise sans lui ».

⁶²² J. LARGUIER, note sous Cass. crim., 16 mars 1961, *JCP* 1960, II, n° 12157.

déloyal⁶²³. Selon un auteur, la Chambre criminelle de la Cour de cassation permet désormais « un contrôle juridictionnel de l'ensemble des actes accomplis par les autorités publiques sous le prisme de la loyauté »⁶²⁴. Mais le législateur serait tenté de limiter le contrôle exercé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation à certains actes accomplis par les autorités publiques sous le prisme de la loyauté⁶²⁵.

186.- Lorsqu'un individu accepte d'aider la police judiciaire dans ses investigations, il peut décider de lui fournir officieusement des informations sans qu'elles apparaissent officiellement. Si la police judiciaire accepte un tel compromis, elle ne peut, par la suite, changer de position. Au risque d'entraîner une certaine méfiance à son égard, la police judiciaire ne peut révéler aucun secret sans l'assentiment de l'intéressé. Cette solution mérite approbation. La pratique policière a souvent besoin de ces renseignements pour faire avancer l'enquête ou élucider certaines investigations. Ces informations s'avèrent, en dépit de leur caractère occulte, précieuses. La solution inverse de la Haute juridiction aurait conduit à priver la police judiciaire de cette aide parfois indispensable.

Il est évident qu'aucune personne ne voudrait collaborer avec la police judiciaire en refusant tout simplement de parler. Le fait qu'un policier puisse transcrire des propos qui lui sont tenus secrètement constitue un obstacle supplémentaire dans la recherche de la preuve. Dans le souci d'encourager une coopération loyale de toute personne, la police judiciaire doit elle-même être loyale. La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation tend à entériner l'enquête policière officieuse en lui faisant obligation de ne pas aller à l'encontre de la volonté du collaborateur. Sans doute, peut-on espérer une multiplication des dénonciations ou révélations. Dès lors que la menace de la rédaction d'un procès-verbal disparaît, elle ne saurait être une cause de justification de peur de la transcription. Il est certain que la crainte de

⁶²³ Cass. crim., 3 avr. 2007, Bull. crim., n° 102, p. 494 ; *D.* 2007, IR, p. 1422; *AJ Pén.* 2007, p. 285, note ROYER.

⁶²⁴ E. VERGES, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec, 2011, n° 108, p. 81.

⁶²⁵ L'article 10 du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière prévoit « un dispositif d'autorisation pour l'administration fiscale d'exploiter les informations qu'elle reçoit, quelle qu'en soit l'origine, hors le cas des procédures de visite domiciliaire. Afin de sécuriser les procédures de contrôle fiscal à caractère contradictoire, il est proposé de prévoir la possibilité pour l'administration fiscale de recourir à tout mode de preuves, y compris illicites, sous réserve que, dans ce dernier cas, les preuves aient été régulièrement portées à la connaissance des services fiscaux par une autorité judiciaire ou dans le cadre d'une assistance administrative internationale ». C'est une réponse à l'arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique rendu le 31 janvier 2013, dans lequel la Cour de cassation affirme que les fichiers HSBC contenant les noms de personnes ayant des comptes cachés en Suisse ne pouvaient être utilisés comme preuves par les policiers en cas de perquisition, car ils constituent des preuves illicites en raison de leur origine frauduleuse. Le projet de loi semble remettre en cause cette jurisprudence.

la nullité de l'acte va permettre à la police judiciaire d'éviter de dire tout haut ce que la personne a voulu dire tout bas. Il est aussi question de protéger la personne à l'origine de l'information. Le péril d'une menace sur sa vie peut être légitime. La police judiciaire doit alors prendre en compte le risque qu'elle fait courir en cas de transcription.

187.- En résumé, la Chambre criminelle de la Cour de cassation étend désormais le champ d'application de la loyauté à la transcription des propos officieux. Les informations fournies secrètement à la police judiciaire doivent rester en l'état de simples renseignements. Pour faire l'objet d'un procès-verbal, la personne concernée doit donner son consentement. En l'absence de celui-ci, la rédaction du procès-verbal constitue un procédé déloyal. La sanction de la déloyauté est lourde de conséquences dans la mesure où la police judiciaire ne pourrait plus s'appuyer sur ces renseignements pour poursuivre son enquête. Elle serait contrainte de reprendre ses investigations sans aucune piste. Ce qui pourrait compromettre le recueil rapide de la preuve.

CONCLUSION CHAPITRE I

188.- Le double verrou de la garantie de la légalité apparaît fragile au regard de l'évolution des infractions. Même la dignité, considérée comme un principe intangible ne pouvant subir aucune dérogation, n'est pas totalement respecté. Si effectivement toute violence physique est prohibée, il est toutefois à observer qu'une marge de manœuvre est laissée à la police judiciaire quant à l'application de la violence morale. Celle-ci n'est appréhendée par aucun texte, ce qui laisse à penser qu'elle serait officieusement autorisée à la seule condition qu'elle ne dépasse pas un certain seuil. De la même façon, la loyauté fait l'objet d'une interprétation fluctuante selon les circonstances. Parce qu'elle est d'essence morale, son influence ne cesse de reculer, pouvant aller jusqu'à son sacrifice. Il est vrai que ces garanties sont imposées dans un souci de concilier les intérêts antagonistes, à savoir la protection des libertés individuelles et l'impératif probatoire. La politique pénale, aidée il est vrai par la complexité et la sophistication des infractions, conduit peu à peu à la conclusion selon laquelle pour mettre hors d'état de nuire certains individus, il est nécessaire de faire primer la nécessité probatoire sur les droits et libertés individuelles. Fort heureusement, les gardiens des libertés que sont les juges tendent à maintenir coûte que coûte cette conciliation. Ils sont devenus, au fil du temps, des garants inconditionnels de la légalité des procédures policières.

CHAPITRE II : LE ROLE LIMITE DES GARANTS DE LA LEGALITE

189.- Le renforcement des pouvoirs de la police judiciaire est sans nul doute un des buts de la politique pénale actuelle, soucieuse de faciliter la recherche probatoire. Par le truchement de réformes successives, la police judiciaire a fini par gagner la reconnaissance en droit des pouvoirs qu'elle s'était jusqu'alors accordés en fait⁶²⁶. Toutefois, cette situation n'est nullement de nature à diminuer le rôle et la place des magistrats. Bien au contraire, il est à noter une relative perte d'autonomie policière au profit des magistrats. Cela s'explique par le fait que la valorisation des actes de recueil de preuve met à mal les libertés individuelles. Or, la Constitution fait de l'autorité judiciaire la gardienne de celles-ci⁶²⁷, il est alors logique qu'elle exerce un contrôle sur la police judiciaire⁶²⁸. Si, à l'origine, ce droit de regard a pour unique fonction la protection des droits et libertés des personnes, il est devenu, au fil des années, l'un des moyens les plus sûrs de garantir la légalité procédurale. En effet, il sert à vérifier le recueil de la preuve par la police judiciaire conformément à la réglementation légale. Pour autant, cette surveillance ne signifie nullement une absence de confiance envers la police judiciaire, mais simplement un moyen de rectifier les fautes éventuellement commises. Il est soutenu que l'erreur est humaine. Dans la confiance mutuelle entre la police judiciaire et les magistrats, ces deux organes sont complémentaires et non concurrents⁶²⁹. Parce qu'ils concourent à un objectif commun, à savoir l'établissement de la vérité, ces deux autorités doivent, dans l'intérêt de la justice, agir de concert.

190.- De toute évidence, dans un Etat de droit, il serait incompréhensible que ce soit la même autorité qui soit investie des pouvoirs d'investigation et de contrôle de la régularité de ses actes. Dans ce cas, les abus seraient alors monnaie courante et la légalité serait bafouée⁶³⁰. La régularité de la procédure doit être vérifiée par une autre autorité. Si la police judiciaire dispose de la possibilité de déclencher les actes coercitifs de recherche de la preuve, la légalité

⁶²⁶ E. PICARD, « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 275.

⁶²⁷ L'article 66 de la Constitution de 1958 énonce que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

⁶²⁸ G. LE BORGNE, « Le contrôle des actes des agents de la police judiciaire », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 406 : « comme tous les hommes engagés dans le feu de l'action, les agents auxiliaires de la police judiciaire sont exposés aux passions et aux erreurs. Il est donc essentiel de prévenir les fautes professionnelles qui peuvent en découler en plaçant ces agents sous le double contrôle de leur hiérarchie et des autorités judiciaires ».

⁶²⁹ CH. MOUHANNA, *Polices judiciaires et Magistrats une affaire de confiance*, La doc. fra., 2001, p. 33.

⁶³⁰ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 211 et s.

de ces procédures est assurée par des garants⁶³¹. Ces derniers ont une mission périlleuse de concilier des intérêts parfois antagonistes, à savoir les libertés individuelles et la procédure probatoire⁶³². Cette exigence a pour finalité de prohiber une atteinte injustifiée aux libertés individuelles. Il va sans dire que l'établissement de la vérité dépend des garanties accordées dans la recherche de la preuve. C'est la raison pour laquelle les magistrats internes (Section I) et le juge européen (Section II) apparaissent comme les garants de la légalité des procédures policières.

⁶³¹ C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 29 et s : « chacune des dernières réformes met davantage en lumière le rôle attribué au juge des libertés et de la détention. Il n'est pas seulement le magistrat chargé de placer le prévenu ou l'accusé en détention provisoire. Il est, au-delà, le nouveau gardien des libertés : accaparant, petit à petit, des prérogatives autrefois réservées au juge d'instruction lors d'une information judiciaire, il apparaît comme le garant nouveau de la légalité de procédures policières, diligentées par le procureur de la République ».

⁶³² Cons. const. décision des 19 et 20 janv. 1981 : « considérant que la conciliation doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnus et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une à l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle » ; J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 3, p. 2 : « l'une des finalités de la procédure pénale est de concilier l'inconciliable : sécurité et liberté » ; F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^{ème} éd., 1866, I, 4 : « deux intérêts également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés : l'intérêt général de la société, qui veut la juste et prompt répression des délits ; l'intérêt des accusés, qui est bien aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la cité et des droits de la défense. De là l'un des problèmes les plus difficiles que la législation ait à résoudre ».

SECTION I : LES MAGISTRATS INTERNES⁶³³

191.- L'évolution de la criminalité a conduit à une réaction de la Communauté internationale. Cette dernière a décidé de mettre en place des dispositifs susceptibles de lutter à armes égales avec certains individus, en particulier en matière de criminalité organisée⁶³⁴. La France a pendant longtemps hésité à les introduire dans sa législation. Mais depuis quelques années, il est à noter un certain infléchissement. Des dispositions dérogatoires au droit commun ont depuis lors fait leur apparition dans la procédure pénale⁶³⁵. L'idée selon laquelle certaines infractions devraient désormais bénéficier d'un traitement particulier est finalement acceptée⁶³⁶. La mise en place des procédures dérogatoires a conduit mécaniquement à un renforcement des pouvoirs de la police judiciaire⁶³⁷. Pour éviter tout risque d'abus, le rôle des magistrats a été renforcé, notamment dans le contrôle des procédures policières⁶³⁸. La valorisation du rôle des magistrats est guidée par le souci d'atténuer une atteinte plus importante aux droits et libertés des personnes⁶³⁹. Toutefois, l'impact des magistrats dans le

⁶³³ C'est à la fois les magistrats du siège et du parquet.

⁶³⁴ L'article 5 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 stipule que « conformément à leur Constitution et à leur ordre juridique national, les parties contractantes s'engagent à prendre des mesures aux fins de permettre les livraisons surveillées dans le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes » ; la Convention des Nations unies contre le trafic des stupéfiants faite à Vienne le 20 décembre 1988, signée par la France le 13 février 1989 invite les parties signataires, si les principes fondamentaux de leurs systèmes juridiques internes le permettent à prendre les mesures nécessaires, compte tenu de leurs possibilités, pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées à l'échelon international, sur la base d'accords ou d'arrangements qu'elles auront conclu en vue d'identifier les trafiquants » ; l'article 20 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée du 12 décembre 2000 dite convention de Palerme. Au sein du Conseil de l'Europe, c'est le 19 septembre 2001 que le Comité des ministres adopte une recommandation à destination des Etats membres concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé et prévoit dans son point 19 le développement des techniques d'enquêtes spéciales. Ces textes suggèrent donc l'organisation de livraisons surveillées, le développement d'interception de communication et les opérations d'infiltration.

⁶³⁵ Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970, *JO* 3 janv. 1971 ; Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et autres atteintes à la sûreté de l'Etat, *JO* 10 sept. 1986, p. 10956 ; La loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants, *JO* 20 déc. 1991, p. 16593 ; *D.* et *ALD* 1992.10.

⁶³⁶ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* 10 mars 2004.

⁶³⁷ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier / mars 2008, p. 23 et s ; M.-L. CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : La normalisation de l'exception, Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant, L.G.D.J., 2007.

⁶³⁸ M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004, Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 579 : « le JLD, magistrat référant pour les enquêteurs : il est pour le moins intéressant de noter que c'est le JLD, que le législateur a désigné pour permettre aux enquêteurs de poursuivre leur enquête sans être obligés de l'interrompre en raison d'une impossibilité juridique à laquelle ils sont confrontés pour effectuer certaines investigations ».

⁶³⁹ Dans sa décision en date du 2 mars 2004, considérant 6, le Conseil constitutionnel a rappelé que si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la

contrôle de la régularité de la procédure d'obtention de la preuve semble limité. Il est même à craindre d'éventuels détournements de procédure⁶⁴⁰. Même si la volonté législative de garantir une certaine transparence procédurale est louable, pour autant, le risque de dérive semble être maintenu. Il est alors permis de se demander si les magistrats ne jouent pas un rôle d'alibi⁶⁴¹ justifiant le recours à des mesures extrêmement attentatoires aux droits et libertés des individus. Pour l'heure, certaines procédures policières doivent respecter le principe de judicialité (§1), lequel garantit leur régularité (§2).

§1. La judicialité des procédures d'obtention de la preuve

192.- Pour atténuer l'impact des mesures attentatoires aux droits et libertés des personnes, les magistrats jouent le rôle de véritable contrôleur du déroulement de la procédure policière. Tout acte d'investigation spécial doit être ordonné par un magistrat. En réalité, il est fait application du principe de subsidiarité⁶⁴². La police judiciaire dispose, dans ses investigations, de prérogatives étendues permettant d'agir sans l'assentiment d'un magistrat. Ce n'est que lorsqu'elle ne parvient pas à obtenir la preuve de l'infraction par des moyens traditionnels, qu'elle peut faire appel à un magistrat pour lui fournir des procédés spéciaux. Pour être justifiée, la mesure doit *a priori* ou *a posteriori* être autorisée ou contrôlée par un magistrat. Cela étant, la nécessité de certaines mesures, en l'absence de toute atteinte aux droits et libertés n'impose qu'une simple information. Il ressort que selon l'atteinte aux droits et

liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ; qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure spéciales instituées par la loi : Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Gaz. Pal.* 11-15 avr. 2004, p. 3, note J.-E. SCHOETTI ; *JCP* 2004, II, 10048, note J.-C. ZARKA ; M. DOBKINE, « La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 956.

⁶⁴⁰ H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 439 : « il est clair que toutes les saisies incidentes pourront être validées, ce qui favorisera les éventuels détournements de procédure ».

⁶⁴¹ D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », in *Mélanges OTTENHOFF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 68 : « développement des enquêtes policières, tant en flagrance qu'en préliminaire, sous le contrôle du parquet et, plus illusoirement, du juge des libertés et de la détention... qui, dépourvu de véritables moyens lui permettant d'exercer un véritable contrôle, risque fort de devenir le juge alibi, face à des officiers de police judiciaire disposant, quant à eux, de prérogatives nouvelles ».

⁶⁴² J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 271, p. 32 : « partout le contrôle d'un magistrat est prévu et souvent l'appel à ces méthodes spéciales n'est possible que si d'autres méthodes, moins attentatoires à l'intimité de la personne ne permettent pas de parvenir à l'obtention de la vérité » ; J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive Suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, chron. p. 60 : « c'est d'abord le sous-principe de subsidiarité en vertu duquel les procédés proactifs ne peuvent être appliqués que si aucun autre moyen d'investigation classique ne permet de détecter ou d'arrêter l'infraction ».

libertés des individus, le rôle de magistrats s'avère plus ou moins important : de l'information (A) à l'autorisation (B).

A. ... De la simple information de magistrats

193.- Afin d'empêcher que le respect de la légalité des procédures finisse en définitive par produire des effets radicalement inverses à ceux qui sont recherchés par le législateur, c'est-à-dire constitue un obstacle à la procédure probatoire, la police judiciaire reste, dans certaines circonstances, un véritable organe décisionnel⁶⁴³. Il est simplement fait mention d'une obligation d'information du procureur de la République. Il est à préciser que rares sont les procédures dans lesquelles la police judiciaire garde encore la liberté dans leur mise en œuvre. Le recours à une telle mesure est conditionné à la passivité relative de la police judiciaire (1), en contrepartie, elle reste le véritable maître d'œuvre de la procédure choisie (2).

1. La passivité relative de la police judiciaire

194.- Il y a passivité lorsque l'agissement de la police judiciaire n'a pas d'interférence dans la réalisation de l'infraction. Le policier se contente d'être présent à un événement dont il est purement spectateur⁶⁴⁴. C'est le cas en matière de flagrant délit⁶⁴⁵ où la police judiciaire constate l'infraction qui se commet devant elle. Parfois, elle parvient même à identifier son auteur. A aucun moment il n'est porté atteinte à une quelconque liberté individuelle. Cette procédure renforce la capacité d'action de la police judiciaire dans la mesure où elle bénéficie d'un important pouvoir d'initiative.

195.- Lorsque la société s'est lancée de façon radicale dans la lutte contre le trafic de stupéfiants⁶⁴⁶, la police judiciaire a vu se développer ses enquêtes en disposant des prérogatives nouvelles : les livraisons surveillées. Il s'agit pour la police judiciaire, après en avoir informé le procureur de la République, de procéder à la surveillance de l'acheminement

⁶⁴³ Notamment en matière de garde à vue, perquisition en matière de flagrance.

⁶⁴⁴ B. DE LAMY, « De la loyauté en procédure pénale Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 105.

⁶⁴⁵ Article 53 du Code de procédure pénale.

⁶⁴⁶ J. PRADEL, « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi, commentaire de la loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants », *D.* 1992, I, 234 : « et dans son aspect concernant l'autorisation de la loi, le texte nouveau démontre que notre société est désormais en état de guerre avec les trafiquants de drogue ».

de stupéfiants ou de produits tirés de la commission desdites infractions⁶⁴⁷. Ce dispositif présente un double intérêt : d'une part il permet l'obtention de la preuve de l'infraction et d'autre part il permet l'identification des membres du réseau. Cette technique est d'une grande importance car la preuve ainsi obtenue est d'une fiabilité incontestable dans la mesure où la police judiciaire n'a fait que constater l'infraction qui s'est déroulée devant elle, sans qu'elle soit accusée de l'avoir provoquée. L'implication policière limitée justifie une simple information de magistrat du parquet. Cette technique est reconnue dans la plupart des législations étrangères⁶⁴⁸. Toutefois, elle est limitée au trafic de stupéfiant.

196.- Cette limitation n'a pas pour autant empêché la police judiciaire de l'utiliser pour établir d'autres infractions. A partir du moment où la surveillance constitue une pratique habituelle pour la police judiciaire, sa restriction au seul trafic de stupéfiants limite la capacité d'action de la police judiciaire. C'est ainsi qu'à la suite d'une dénonciation anonyme par laquelle un indicateur informe la police judiciaire des agissements illicites, celle-ci ne peut pas déclencher l'enquête de flagrance pour procéder à l'arrestation⁶⁴⁹. La police judiciaire est tenue de mettre en place un dispositif de surveillance pour surprendre les personnes soupçonnées⁶⁵⁰.

197.- Par ailleurs, l'importance de la surveillance est le démantèlement des réseaux. Un gros trafic est souvent fragmenté en de petits trafics. Le réseau criminel est toujours hiérarchisé, pyramidal. Il est plus aisé d'arrêter la base⁶⁵¹ alors que l'arrestation du sommet, c'est-à-dire des responsables de l'organisation s'avère difficile puisqu'il est établi que rares sont ceux parmi arrêtés par la police judiciaire qui vont collaborer. Or, l'une des missions de la police judiciaire est précisément de remonter jusqu'à eux afin de « décapiter » le réseau. A cet égard, la surveillance apparaît comme le seul dispositif sans encourir presque aucun risque capable d'atteindre cet objectif.

⁶⁴⁷ L'ancien article 706-32, alinéa 1^{er} et 2^{ème} du Code de procédure pénale, issu de la loi du 19 décembre 1991, qui a été abrogé par l'article 14-VII de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

⁶⁴⁸ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 271, p. 320.

⁶⁴⁹ Cass. crim., 21 juill. 1982, Bull. crim., n° 196, *D.* 1982, p. 642, note CL. BERR ; Cass. crim., 8 nov. 1989, Bull. crim., n° 406 ; *JCP G*, 1990, II, 21580, note J.-H. SYR ; Cass. crim., 2 févr. 1988, Bull. crim., n° 52 ; *D.* 1988, somm. 358.

⁶⁵⁰ Ce n'est que si ces éléments sont corroborés par des indices extérieurs faisant apparaître un comportement délictueux que la police peut légalement se saisir en flagrance : Cass. crim., 23 oct. 1991, *D.* 1992, IR, p. 38 ; Cass. crim., 1 oct. 2003, Bull. crim., n° 176 ; Cass. crim., 6 janv. 1992, *Dr. pén.* 1992, chron. n° 215, 2^e arrêt, obs. A. MARON ; Cass. crim., 12 mars 1997, Bull. crim., n° 100, *Dr. pén.* 1997, chron. n° 25, par V. LESCLOUS et C. MARSAT.

⁶⁵¹ Les petits trafiquants.

198.- Pour l'heure, ces livraisons surveillées ne se limitent plus au seul trafic de stupéfiants. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁶⁵² a supprimé ces livraisons surveillées et les a remplacées par des opérations dites de surveillance. Celle-ci est désormais étendue aux infractions relevant de la criminalité et délinquance organisées. Ce faisant, les officiers de police judiciaire, et sous leur autorité les agents de police judiciaire, peuvent, après en avoir informé le procureur de la République et sauf opposition de ce magistrat, étendre à l'ensemble du territoire national la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes et délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 ou 706-74 ou la surveillance de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre⁶⁵³. Le principe reste inchangé. La police judiciaire reste un véritable organe décisionnel dans la mise en place de ce dispositif. L'exception s'accompagnant d'une nouvelle prérogative, à savoir l'extension de la compétence policière à l'ensemble du territoire national pour les besoins de cette opération sous condition que le procureur de la République ne s'y oppose. Cette situation n'apparaît que de manière exceptionnelle. La plupart du temps, le procureur de la République est conduit à donner son accord. L'opportunité de soumettre l'extension du champ d'application de la procédure de surveillance à l'assentiment du procureur de la République n'a aucune utilité, si ce n'est de rendre lourde la procédure de constatation nécessitant une intervention policière rapide. Ainsi, dans le cadre des enquêtes dans lesquelles la police judiciaire joue un rôle passif, elle est en réalité le véritable maître d'œuvre dans la mise en place des procédures.

2. Le véritable maître d'œuvre des procédures

199.- Véritable « cheville ouvrière »⁶⁵⁴ des investigations, la police judiciaire est le véritable organe décisionnel. Dans toutes les procédures dont le procureur de la République doit être avisé, la police judiciaire est le maître d'œuvre de ces procédures. Tel est le cas de l'enquête de flagrance⁶⁵⁵, du placement en garde à vue⁶⁵⁶, elle est tenue d'avertir le magistrat du parquet. Il en est ainsi de la surveillance des personnes soupçonnées de l'une des infractions

⁶⁵² J. PRADEL, « Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apport de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP* 2004, I, 134.

⁶⁵³ Article 706-80 du Code de procédure pénale.

⁶⁵⁴ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 645, p. 470.

⁶⁵⁵ Article 54 du Code de procédure pénale.

⁶⁵⁶ Article 63 du Code de procédure pénale.

entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale⁶⁵⁷. La loi confie ce pouvoir de surveillance à la police judiciaire. Il est à noter que le directeur d'enquête de la procédure reste le procureur de la République⁶⁵⁸. Cela étant, le fait que la police judiciaire informe tardivement le magistrat du parquet n'a aucune conséquence dans la mesure où la décision de mettre en place un tel dispositif appartient à la police judiciaire⁶⁵⁹.

200.- L'enquête policière est placée sous l'autorité du procureur de la République. Dès lors que l'implication de la police judiciaire est limitée, le défaut d'information ne peut avoir d'incidence sur la régularité de la procédure⁶⁶⁰. Seule la responsabilité de la police peut dès lors être recherchée⁶⁶¹. Car seul le défaut de l'autorisation judiciaire peut entraîner la nullité de la procédure. En réalité, l'exigence d'une simple information fait de la police judiciaire le véritable maître dans la prise de décision. Lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent⁶⁶², la police judiciaire décide seule du dispositif adapté, en l'occurrence la surveillance. Elle peut alors se passer de cette information, et n'encourt presque aucun risque : ni pour ses investigations, ni pour sa participation. Cette absence d'incidence du défaut d'information est la résultante de l'absence de détention des moyens coercitifs et de participation active dans la recherche de la preuve. En effet, la police judiciaire n'a pas reçu pour mission d'entrer en contact avec les personnes soupçonnées. Bien au contraire, l'efficacité de la mesure impose une certaine distance et vigilance de sa part. Elle ne doit que constater les infractions pour identifier les auteurs. Sous peine d'engager sa responsabilité, la police judiciaire ne saurait passer outre cette exigence en participant à des infractions.

A vrai dire, l'obligation d'information imposée par la loi sert à assurer la présence du procureur de la République dans les actes d'enquête. Cette exigence fait de cet organe de contrôle le directeur d'enquête. De toute évidence, il serait illogique, dans un Etat de droit, d'exclure la présence d'un magistrat dans le contrôle des actes de recherche des preuves par

⁶⁵⁷ Article 706-80 du Code de procédure pénale.

⁶⁵⁸ Article 12 du Code de procédure pénale.

⁶⁵⁹ Cass. crim., 11 mai 1993, *Dr pén.* 1993, chron. n° 34, V. LESCLOUS et C. MARSAT.

⁶⁶⁰ Lorsque l'officier de police judiciaire est saisi d'une flagrante, l'avis au procureur de la République n'est pas prescrit à peine de nullité : Cass. crim., 26 févr. 1991, Bull. crim., n° 96.

⁶⁶¹ J. SUSINI, « Les responsabilités de la police », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 407 et s ; CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 133 ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de Police*, L.G.D.J., 1996, n° 1051, p. 838.

⁶⁶² Notamment lorsque des policiers sont informés que les objets issus d'une infraction sont susceptibles et de se trouver dans un endroit et d'être déplacés, ils peuvent décider, en raison de l'urgence de la situation, de mettre en place le dispositif de surveillance pour vérifier la véracité des informations reçues.

les policiers. Nul ne pourrait comprendre que c'est la police judiciaire qui met en place ce dispositif, puis procède à l'arrestation des mis en cause sans qu'un magistrat, à défaut de son autorisation, ne puisse pas être informé de la mise en place d'une telle technique. La finalité de cette information, à travers la présence d'un organe de contrôle extérieur au service de police, est d'encadrer les actes d'investigation de la police judiciaire.

201.- D'un côté, l'importance de contrôle des actes de recherche de la preuve se manifeste particulièrement, en enquête de flagrance, lors de l'accomplissement de certains actes attentatoires aux droits et libertés, tel le placement en garde à vue. Dans ce cas, l'obligation d'informer immédiatement le procureur de la République est prescrite à peine de nullité⁶⁶³. En revanche, en présence d'un crime ou délit flagrant, l'obligation d'informer immédiatement le procureur de la République, qui est prévue par la loi⁶⁶⁴, n'est pas prescrite à peine de nullité⁶⁶⁵. La police judiciaire peut décider, en cas de découverte d'un crime ou délit flagrant, de procéder aux investigations sans informer immédiatement le procureur de la République. Le fait d'informer tardivement ce dernier n'a aucune conséquence sur la régularité de la procédure. C'est également le cas en matière de surveillance.

D'un autre côté, l'importance du contrôle du procureur de la République se manifeste lors de l'extension du dispositif de surveillance à l'ensemble du territoire. Si, théoriquement, le procureur de la République peut s'opposer à l'extension de ce dispositif, en pratique, cette possibilité s'avère extrêmement compliquée. Une fois que l'opération est mise en place, il paraît peu probable que le magistrat du parquet refuse son extension. Celle-ci s'avère indispensable au démantèlement du réseau, si ce dernier opère sur l'ensemble du territoire. Le procureur de la République est informé par la police judiciaire que la surveillance va être étendue à l'ensemble du territoire. Le défaut d'opposition vaut présomption d'approbation⁶⁶⁶. La police judiciaire semble bénéficier d'une marge de manœuvre au moment de l'information au procureur de la République. Si, théoriquement, ce dernier doit être immédiatement informé de la mise en œuvre de la surveillance ou de la flagrance, en pratique, cette obligation immédiate se transforme en une obligation sans délai. Sauf exception, lorsque la police judiciaire découvre des éléments faisant apparaître un crime ou un délit flagrant ou lorsqu'elle

⁶⁶³ Articles 63 et 77 du Code de procédure pénale.

⁶⁶⁴ Article 54 du Code de procédure pénale.

⁶⁶⁵ Cass. crim., 26 févr. 1991, Bull. crim., n° 96 ; *JCP G* 1991, IV, 218.

⁶⁶⁶ L'extension de compétence n'est valable que si l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas.

décide d'étendre le dispositif de surveillance à l'ensemble du territoire, le procureur de la République doit être informé sans délai, c'est-à-dire à tout moment des investigations menées⁶⁶⁷

202.- L'extension du domaine des enquêtes policières contribue à l'encadrement des moyens de contrôle du procureur de la République au profit d'un renforcement de l'influence de la police judiciaire. La sécurité juridique semble garantie par la certitude de valider des actes souhaités par la police judiciaire. Parce « qu'ils se trouvent, en effet, à l'origine même des premières investigations, les organes de police ne manquent pas d'influer sur le choix des procédures ultérieures dont on sait qu'il conditionne lourdement le prononcé de la peine »⁶⁶⁸. Il est incontestable que le rôle du procureur de la République dans la mise en place de la surveillance est marginalisé. L'accroissement des pouvoirs de la police, *a fortiori* de sa place, accélère le phénomène en faisant de la police judiciaire le véritable maître d'œuvre dans le choix de la procédure de surveillance. Il semble normal que l'absence de prérogatives contraignantes, liée à la passivité relative de la police judiciaire dans le recueil de la preuve, justifie que la police judiciaire soit le véritable organe décisionnel.

Lorsque la coercition devient possible et la police judiciaire joue un rôle beaucoup plus actif dans la recherche de la preuve, la présence d'un magistrat constitue une garantie du respect de la légalité de procédures policières. A peine de nullité, l'autorisation à la mesure est nécessaire lorsque la police judiciaire concourt à la mise en œuvre légale d'une procédure.

B. ... A l'autorisation de magistrats

203.- Le système probatoire français subordonne l'exécution d'actes coercitifs d'obtention de la preuve à l'autorisation de magistrats. L'autorisation est rarement prescrite à peine de nullité, et la politique jurisprudentielle consiste à restreindre le champ d'application des nullités. Il revient alors au législateur de réaffirmer l'importance du respect de la légalité procédurale. La volonté de lutter contre la criminalité ne saurait conduire à une interprétation erronée de la loi. L'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles⁶⁶⁹, constitue le véritable organe décisionnel dans la mise œuvre de certaines procédures. Il est vrai que la police judiciaire a vu ses moyens d'investigation renforcés aux fins de faciliter l'obtention des

⁶⁶⁷ On reprend ainsi l'obligation plus générale prévue à l'article 19 du Code de procédure pénale.

⁶⁶⁸ D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentative sécuritaire », in *Mélanges OTTENHOFF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 68.

⁶⁶⁹ G. ARMAND, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Caen, 2000, p. 40. L'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du parquet et du siège.

preuves. Pour autant, les techniques intrusives consistant à une participation active (1) et à une ingérence dans l'exercice des droits et des libertés des personnes (2) dépendent exclusivement de l'autorisation judiciaire.

1. La participation active de la police judiciaire dans le recueil de la preuve

204.- Il y a participation active lorsque l'action policière, dans le cadre d'une infraction préexistante, ne fait que révéler les agissements délictueux et en aucun cas ne les détermine⁶⁷⁰.

Il est admis que la police judiciaire puisse pénétrer surtout les réseaux criminels pour mieux les démanteler. Cette intrusion dans les milieux criminels ne peut se faire de n'importe quelle manière. En raison de son caractère exceptionnel, le procédé nécessite un encadrement rigoureux. Très clairement, la mise en œuvre d'une telle mesure ne peut être décidée que par un magistrat. C'est ainsi que la loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants avait institué les opérations dites de livraisons contrôlées⁶⁷¹. Il s'agit d'un moyen pour un policier de se faire passer pour un vendeur ou un acquéreur de stupéfiants pour identifier et arrêter une personne impliquée⁶⁷². La police judiciaire joue alors un rôle actif dans la participation et la commission des infractions. L'autorisation donnée par un magistrat⁶⁷³ vise à soustraire à la répression pénale les policiers amenés à commettre des infractions⁶⁷⁴.

205.- La question s'est posée de savoir si l'absence d'autorisation exigée par la loi pouvait entraîner la nullité de la procédure. Il semble que l'absence d'autorisation devrait automatiquement conduire à l'annulation de la procédure. La position contraire priverait le magistrat compétent de tout pouvoir de contrôle. La livraison contrôlée serait considérée comme une livraison surveillée⁶⁷⁵. La police judiciaire serait le véritable maître d'œuvre de la procédure. Or, il existe une différence fondamentale entre la livraison surveillée et la livraison

⁶⁷⁰ Cass. crim., 29 juin 1993, *JCP G* 1993, IV, 2465.

⁶⁷¹ Ancien article 706-32 du Code de procédure pénale et l'article 67 bis du Code des douanes pour les douaniers.

⁶⁷² J. BUISSON, « Règles particulières en matière de trafic de stupéfiants, Article 706-26 à 706-33 du C.P.P. », *J.-Cl. proc. pén.* Vol. V, 1996, n° 16, p. 7.

⁶⁷³ Le procureur de la République ou le juge d'instruction saisi.

⁶⁷⁴ Cass. crim., 30 avr. 1998, *Bull. crim.*, n° 147 ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 110, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Procédures* 1998, comm. 229, obs. J. BUISSON ; *D.* 1999, p. 460, note J. COULON. L'autorisation prévue à l'article 706-32 du Code de procédure pénale ne vise qu'à exempter les fonctionnaires de police de leur responsabilité à raison de leur participation à des infractions à la législation sur les stupéfiants.

⁶⁷⁵ Information-absence d'opposition.

contrôlée qui est le degré de participation dans le recueil de la preuve. Dans le premier cas la police judiciaire joue son rôle traditionnel de constatation d'infractions⁶⁷⁶, alors que dans le second cas elle est conduite à participer de manière active en facilitant voire en encourageant la commission d'infractions⁶⁷⁷. Au regard du principe de loyauté, cet acte constitue un acte déloyal. De toute évidence, l'absence de contrôle d'un magistrat peut aboutir à des abus⁶⁷⁸. Plus grave encore est le fait que l'agent infiltré peut devenir un indicateur pour les criminels. Si la police judiciaire dispose des indicateurs au sein des milieux criminels, les criminels eux-mêmes peuvent disposer d'indicateurs au sein même de la police. Il en résulte que la subordination de cette technique à l'autorisation expresse de l'autorité judiciaire tend à éviter toute dérive policière.

206.- La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait tout d'abord considéré que pour pouvoir procéder aux opérations prévues par l'article 706-32 du Code de procédure pénale, les officiers de police judiciaire devaient, préalablement, obtenir l'autorisation expresse du procureur de la République ou du juge d'instruction saisi. Elle a ainsi sanctionné par la nullité toute opération de livraison contrôlée en raison du défaut de l'autorisation judiciaire⁶⁷⁹. Même si la loi n° 91-1264 du 19 décembre 1991 était muette quant à la sanction de l'inobservation des formalités prescrites, cette position se fondait sur une interprétation de la loi. La nature et la finalité particulière de cette opération doivent conditionner la validité de l'enquête policière à l'autorisation judiciaire. Pourtant, une partie de la doctrine a vivement critiqué cette solution. Elle a estimé que la Chambre criminelle de la Cour de cassation faisait une mauvaise lecture de la loi, puisque « pour mener à bien ce combat, le législateur a décidé, afin que la justice ne soit plus désarmée face à cette criminalité organisée, d'autoriser et donc de justifier des pratiques que dans un but d'efficacité policiers ou douaniers ont développé en prenant souvent des risques considérables pour démanteler des réseaux de trafiquants. Le but de la loi est clair : le législateur a voulu donner des armes nouvelles aux services de répression pour

⁶⁷⁶ La surveillance de l'acheminement de stupéfiants ou de produits tirés de la commission de trafic de stupéfiants.

⁶⁷⁷ Puisqu'ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent ces stupéfiants ou ces produits ou mettent à la disposition des personnes se livrant au trafic de stupéfiants, des moyens de caractère juridique, ainsi que des moyens de transport, de dépôt, de stockage, de conservation et de communication.

⁶⁷⁸ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 211 et s.

⁶⁷⁹ Cass. crim., 26 sept. 1995, Bull. crim., n° 283 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 139, obs. J.-P. DINTILHAC et p. 666, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Dr. pén.* 1996, chron. 1, rapp. B. de MASSIAS, et comm. 11 J.-H. ROBERT ; *D.* 1995, IR, p. 277 ; Cass. crim., 19 déc. 1996, Bull. crim., n° 481, *RG proc.* 1997, p. 333, chron. D. REBUT ; Cass. crim., 4 déc. 1997, Bull. crim., n° 417 ; *Dr. pén.* 1998, comm. n° 46, obs. A. MARON ; *D.* 1998, IR, p. 96 ; Cass. crim., 13 nov. 1997, Bull. crim., n° 386 ; *D.* 1998, IR, p. 46 ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 555, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Dr. pén.* 1998, comm. n° 77, obs. A. MARON.

rendre plus opérationnelle leur action. Interpréter ce texte comme le fait la Chambre criminelle conduit à fournir des armes aux trafiquants pour se soustraire à la justice : une bonne lecture de la loi ne peut aboutir à un résultat aussi aberrant et contraire à l'esprit de celle-ci »⁶⁸⁰.

207.- La Haute juridiction n'est pas restée insensible à cette critique. Après avoir fort habilement précisé que la cession de stupéfiants à autrui en vue de son usage personnel était exclue du champ d'application de l'article 706-32 du Code de procédure pénale, en se livrant à une interprétation littérale du texte⁶⁸¹, elle a finalement opéré un revirement de jurisprudence en énonçant que « cette autorisation qui n'est prévue par la loi que pour exempter les fonctionnaires de police de leur responsabilité pénale à raison de leur participation à des infractions à la législation des stupéfiants, est sans incidence sur la régularité de la procédure »⁶⁸². Il est à noter que Monsieur PRADEL, qui avait estimé que l'absence d'autorisation constituait une nullité d'ordre public puisque touchant à la compétence et à l'organisation judiciaire⁶⁸³, semble aujourd'hui se ranger à cette interprétation. Désormais, il affirme que « la Chambre criminelle a bien fait, après avoir hésité il est vrai, de considérer en interprétant littéralement les textes, que le défaut d'autorisation d'un magistrat n'entraîne que la mise en cause éventuelle de la responsabilité du fonctionnaire à raison de sa participation à une infraction relative au trafic de stupéfiants et non l'annulation de la procédure »⁶⁸⁴. Etrange opinion prévoyant qu'un officier de police judiciaire qui acquiert des stupéfiants sans autorisation judiciaire est susceptible de poursuites pénales alors même que la procédure qu'il a diligentée est régulière⁶⁸⁵. Quel est alors l'intérêt de poser des règles censées assurer un équilibre difficile entre la procédure probatoire et le respect des droits et libertés des individus si finalement l'interprétation de loi est liée à la politique pénale mise en place ? Il devrait être considéré que peu importe la politique pénale, l'absence d'autorisation exigée par la loi pour la mise en œuvre d'une procédure par la police judiciaire entraîne

⁶⁸⁰ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 666, n° 3 ; 1998, p. 557.

⁶⁸¹ Cass. crim., 5 juin 1997, Bull. crim., n° 229 ; *D.* 1998, somm. p. 173, obs. J. PRADEL.

⁶⁸² Cass. crim., 1 avr. 1998, Bull. crim., n° 124 ; *D.* 1998, Jur. p. 430, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* 1998, comm. n° 92, obs. A. MARON ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 582, obs. DINTILHAC ; *RGDP* 1998, p. 465, chron. D. REBUT ; *Procédures* 1998, comm. n° 126, obs. J. BUISSON ; *Dr. pén.* 1998, comm. n° 92, obs. A. MARON ; Cass. crim., 30 avr. 1998, Bull. crim., n° 147 ; *Dr. pén.* 1998, comm. n° 124, obs. A. MARON ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 110, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. crim., 24 févr. 1999, *D.* 1999, p. 460, note J. COULON.

⁶⁸³ J. PRADEL, « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi », *D.* 1992, chron. p. 233.

⁶⁸⁴ J. PRADEL, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 7.

⁶⁸⁵ J. COULON, note sous Cass. crim., 24 févr. 1999, *D.* 1999, p. 462.

systématiquement la nullité de la procédure en cause⁶⁸⁶. Il faut considérer alors que « l'autorisation judiciaire préalable commande la compétence de l'officier de police judiciaire »⁶⁸⁷. A défaut de cette autorisation, tout agissement de la police judiciaire s'analyse en un excès de pouvoir.

208.- Cette technique connaît une évolution. La procédure des livraisons contrôlées, réservée aux infractions liées au trafic de stupéfiants, est complétée par une procédure plus générale d'infiltration⁶⁸⁸. Celle-ci n'est valable que sur autorisation écrite et spécialement motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction saisi⁶⁸⁹. Cette exigence est également prévue dans la plupart des législations étrangères⁶⁹⁰. En outre, elle doit mentionner la ou les infractions qui justifient le recours à cette procédure et l'identité de l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération. En exigeant cette autorisation judiciaire à peine de nullité, le législateur met fin à la jurisprudence qui avait considéré que l'absence d'autorisation judiciaire était sans incidence sur la régularité de la procédure. Désormais, il est affirmé avec force que la validité de la procédure policière est soumise à l'autorisation préalable d'un magistrat lui permettant ainsi d'exercer un véritable contrôle⁶⁹¹. Il en est également ainsi en cas d'ingérence dans l'exercice des droits et des libertés des personnes.

⁶⁸⁶ Cass. crim. , 1 sept. 2005, Bull. crim., n° 211 ; D. 2005, IR p. 2549 ; *AJ Pén.* 2005, p. 419.

⁶⁸⁷ J. BUISSON, « Chronique de police judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 401.

⁶⁸⁸ C'est la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui a institué la procédure d'infiltration. Cette loi avait abrogé la procédure des livraisons contrôlées, puis la loi n° 2007-297 relative à la prévention de la délinquance est venue rétablir partiellement cette procédure. Le nouvel article 706-32 du Code de procédure pénale constitue un cadre plus souple en matière de trafic de stupéfiants, puisque l'autorisation judiciaire n'a pas à être écrite et motivée. Elle peut être donnée par tout moyen et mentionnée ou versée au dossier de la procédure.

⁶⁸⁹ Articles 706-81 et 706-83 du Code de procédure pénale.

⁶⁹⁰ Articles 126 h et 126 p du Code de procédure pénale néerlandais ; Article 47 octies du Code d'instruction criminelle belge ; Article 110 a- 110 e C du Code de procédure pénale allemand ; En Italie, ce sont les articles 97 du D.P.R n° 309 du 9 octobre 1990, article 12 quater de la loi n° 356 du 7 août 1992, article 4 d.-1. n° 374 du 18 octobre 2001.

⁶⁹¹ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 813, p. 527 : « il (le législateur) a sans doute voulu éviter la jurisprudence qui, dans le domaine des stupéfiants, avait fini par considérer que l'autorisation judiciaire préalable à une livraison contrôlée n'était pas demandée à peine de nullité » ; H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 435 : « il en résulte donc que l'autorisation judiciaire, accordée dans les formes légales, constitue une condition nécessaire à la légalité des opérations d'infiltration. Les termes sont clairs : l'action de la police est soumise à l'autorisation préalable du magistrat du parquet ou du juge d'instruction, qui sont chargés de contrôler le déroulement des opérations. Dès lors, le nouveau dispositif mettra fin aux solutions jurisprudentielles, rendues en matière de trafic de stupéfiants, qui ont refusé d'annuler les opérations d'infiltration effectuées en l'absence de toute autorisation, en affirmant que celle-ci n'est pas prévue par la loi que pour exempter les fonctionnaires de police de leur responsabilité en raison de leur participation à des infractions à la législation de stupéfiants et n'a pas d'incidence sur la validité de la procédure ».

2. L'ingérence dans l'exercice des droits et des libertés des personnes

209.- Dans le cadre de l'enquête de flagrance ou d'une commission rogatoire, la police judiciaire est titulaire de prérogatives coercitives lui permettant d'exécuter certains actes sans l'assentiment de la personne concernée. Dans les autres cas, l'ingérence dans l'exercice des libertés et des droits des personnes se trouve sous garantie judiciaire. Le renforcement des pouvoirs d'investigation policiers lié aux mesures dérogatoires adoptées pour les infractions de terrorisme, de trafic de stupéfiants ou de proxénétisme, puis étendu à la procédure commune de criminalité organisée a eu pour conséquence de placer l'autorisation judiciaire au centre des actes d'investigation. Ce qui tend finalement à brouiller la frontière entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire. C'est ainsi avec la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, puis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 prévoyant que les perquisitions diligentées dans le cadre d'une enquête préliminaire pour les infractions de terrorisme peuvent être réalisées sur autorisation judiciaire sans l'assentiment de la personne concernée⁶⁹². Cette mesure d'investigation dérogatoire a ensuite été étendue par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne aux infractions à la législation en matière d'armes et explosifs, ainsi qu'aux crimes et délits en matière de stupéfiants visés par les articles 222-34 à 222-38 du Code pénal⁶⁹³. Toutefois, ces dispositions spécifiques ont été abrogées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Celle-ci a étendu ce principe en enquête préliminaire aux délits punis d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans⁶⁹⁴. Si les nécessités de l'enquête l'exigent, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, les opérations de perquisitions et saisies peuvent avoir lieu sans le consentement de la personne concernée⁶⁹⁵. Par ailleurs, pour les infractions relevant de la criminalité organisée, il est admis que sur autorisation du juge des libertés et de la détention puissent s'effectuer les perquisitions nocturnes dans le cadre des enquêtes préliminaires lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation⁶⁹⁶. A l'analyse de ces dispositions, il apparaît une réelle évolution depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

⁶⁹² Ancien article 706-24 du Code de procédure pénale.

⁶⁹³ Ancien article 76-1 du Code de procédure pénale.

⁶⁹⁴ La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive a étendu cette possibilité aux faits de nature criminelle.

⁶⁹⁵ Article 76 du Code de procédure pénale.

⁶⁹⁶ Article 706-90 du Code de procédure pénale.

210.- Le consentement exigé en enquête préliminaire se trouve remplacé par une autorisation d'un magistrat. A peine de nullité, cette autorisation doit préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées ; cette décision doit être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. L'absence de son autorisation entraîne mécaniquement la nullité de la mesure. Toutefois, sa présence indispensable aboutit à un effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire⁶⁹⁷.

211.- La disparition progressive de « l'élément consensualiste »⁶⁹⁸ de l'enquête préliminaire au profit d'une autorisation judiciaire brouille la ligne de démarcation avec l'enquête de flagrance⁶⁹⁹. Pour cette raison, un auteur considère que l'unification de deux enquêtes justifierait l'institution « d'une seule enquête policière autonome qui, ayant les caractères de l'enquête de flagrance, serait soumise au contrôle effectif d'un magistrat du siège, tel que le juge des libertés et de la détention »⁷⁰⁰. Est-ce réalisable en droit ou faut-il maintenir une différence ? Cela dépend dans quel sens se fait l'unification. L'unification ne semble judicieuse que si elle consiste à élaborer un cadre « unique comportant des règles générales assorties de quelques dérogations justifiées par l'urgence ou la gravité des infractions concernées »⁷⁰¹ rendant la procédure policière plus cohérente et plus lisible. L'unification ne s'impose pas si elle conduit à substituer l'enquête préliminaire par l'enquête de flagrance, c'est-à-dire les dispositions régissant l'enquête de police unique ne combinerait pas les règles édictées et en enquête préliminaire et en enquête de flagrance, mais seraient simplement la reprise ou du moins dominés par les textes consacrés à l'enquête de flagrance. Dans ce cas, la police judiciaire pourrait mettre en œuvre la contrainte *proprio motu*, c'est-à-dire elle serait en droit de procéder à des investigations susceptibles de porter atteinte aux

⁶⁹⁷ J.-L. LENNOM, « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* oct. 2007, p. 17.

⁶⁹⁸ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de Police*, L.G.D.J., 1996, n° 200, p. 165.

⁶⁹⁹ C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 31 : « cependant, la nécessité de ce consentement, établi comme un rempart contre l'instrument de distinction entre enquête préliminaire et enquête de flagrance, s'est peu à peu effritée au fil des réformes législatives. D'exceptions en exceptions, l'exigence du consentement de la personne suspectée perd du terrain au profit de mesures coercitives réalisées sans son assentiment, ou bien effectuées avec l'illusion d'un consentement qui est en réalité presque contraint. La répartition traditionnelle entre les deux types d'enquête est désormais brouillée ».

⁷⁰⁰ H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 419.

⁷⁰¹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 2^{ème} éd., Economica, 2012, n° 1539, p. 1003.

droits et aux libertés de la personne justifiées ou non par l'urgence. La procédure pénale serait bouleversée par l'accroissement des pouvoirs d'investigation policière au détriment des libertés individuelles.

212.- Par ailleurs, l'importance de l'autorisation judiciaire est encore évidente en matière de visite des véhicules puisqu'en l'absence d'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner un conducteur d'un véhicule ou du passager d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou un délit flagrant⁷⁰² ou pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens⁷⁰³, sur décision du procureur de la République, aux fins de recherche et de poursuite d'actes de terrorisme, d'infractions en matière d'armes et d'explosifs, de vols et de recels, de trafic et de détention de stupéfiants, officiers et agents de police judiciaire peuvent procéder à la visite de véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public⁷⁰⁴. Seules sont exclus des fouilles, les véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation.

213.- Le champ d'exigence de l'autorisation judiciaire préalable a été étendu au contrôle d'identité. Celui-ci est possible dans les lieux et pour une période de temps déterminés par le procureur de la République⁷⁰⁵. Parce que des droits et libertés individuelles sont en jeu, l'intervention judiciaire nécessaire au déclenchement des investigations policières est indispensable à la validité de la procédure. Cela n'empêche pas que le pouvoir d'autorisation appartient aux magistrats, l'initiative d'une telle mesure d'enquête revient à la police judiciaire.

214.- A l'adoption de la loi du 10 juillet 1991⁷⁰⁶, l'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications, communément appelées les écoutes téléphoniques n'étaient possibles qu'au stade de l'instruction⁷⁰⁷. Quel que soit le type d'enquête, la police judiciaire ne pouvait procéder aux écoutes téléphoniques. En l'absence d'autorisation judiciaire, toute

⁷⁰² Article 78-2-3 du Code de procédure pénale.

⁷⁰³ Article 78-2-4 du Code de procédure pénale.

⁷⁰⁴ Article 78-2-2 du Code de procédure pénale.

⁷⁰⁵ Article 78-2, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

⁷⁰⁶ J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (commentaire de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991) », *D.* 1992, chron. p. 49 et s ; B. BOULOC, *Rev. sc. crim.* 1992, chron. lég., n° 23, p. 128.

⁷⁰⁷ Articles 100 à 100-7 du Code de procédure pénale.

écoute pratiquée au cours d'une enquête était illégale⁷⁰⁸. Pour accroître la facilitation de la preuve, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a prévu leur utilisation dans le cadre d'une enquête. Dorénavant, si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-74 l'exigent, le juge des libertés et de la détention peut autoriser les écoutes téléphoniques pour une durée maximum de quinze jours renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée⁷⁰⁹.

215.- Le développement des enquêtes policières tant en flagrance qu'en préliminaire s'accompagne d'un accroissement incontestable des pouvoirs de magistrats dans le contrôle du déroulement de l'action policière⁷¹⁰. La place centrale qu'occupe le magistrat permet une ingérence mesurée dans les droits et libertés des personnes. Après avoir fait à maintes reprises l'objet de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour absence de prévisibilité de la mesure⁷¹¹, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 légalise les opérations de sonorisation et de fixations d'images de certains lieux ou véhicules⁷¹². Celles-ci ne sont possibles que dans le cadre de l'instruction, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être entreprises que par le seul juge d'instruction. Une fois de plus, la validité d'une mesure d'investigation est subordonnée à l'autorisation judiciaire. Il est vrai que cette dépendance se justifie par la spécificité des mesures : celles-ci sont attentatoires aux droits et aux libertés des personnes. Il est alors logique qu'elles soient sous garantie judiciaire.

216.- En réalité, l'autorisation judiciaire innervé toutes les procédures policières. C'est elle qui prolonge les gardes à vue dans le cadre de toutes les enquêtes, notamment pour la criminalité organisée⁷¹³. Elle peut aussi ordonner des mesures conservatoires sur les biens meubles ou immeubles de la personne mise en examen⁷¹⁴. Toutefois, cette autorisation ne crée

⁷⁰⁸ Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, Bull. crim., n° 440 ; *D.* 1990, p. 34 ; *JCP* 1990, II, 21418, obs. E. ROBERT ; J. PRADEL, « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1990, chron. p. 15 et s.

⁷⁰⁹ Article 706-95 du Code de procédure pénale.

⁷¹⁰ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/ mars 2008, p. 23 et s.

⁷¹¹ H. ALCARAZ, « Sonorisation et écoutes téléphoniques : la France se fait tirer l'oreille... », A propos des arrêts Vetter et Matheron de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006, p. 217.

⁷¹² Article 706-96, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

⁷¹³ Article 706-88 du Code de procédure pénale.

⁷¹⁴ Article 706-103 du Code de procédure pénale.

nullement de présomption de régularité de la procédure⁷¹⁵. Le magistrat compétent est tenu d'exercer un contrôle de la légalité procédurale. Pourtant, les politiques législatives et jurisprudentielles tendent à l'ineffectivité du contrôle de la régularité des éléments de preuve

INFORMATION D'UN MAGISTRAT
Garde à vue : articles 63, 63-4, 64-1 et 77 du Code de procédure pénale
Flagrant délit : article 53 du Code de procédure pénale
Impossibilité technique de procéder à l'enregistrement de l'audition de la personne gardée à vue : article 64-1 et 77 du Code de procédure pénale
Surveillance : article 706-80 du Code de procédure pénale

AUTORISATION D'UN MAGISTRAT
Perquisitions sans assentiment : article 76 du Code de procédure pénale
La communication des données des opérateurs de téléphonie : articles 60-2 et 77-1-2 du Code de procédure pénale
La captation des données informatiques : article 706-102-1 du Code de procédure pénale.
Infiltration : article 706-81 du Code de procédure pénale
Interceptions de conversation téléphoniques : articles 100 et 706-95 du Code de procédure pénale
Sonorisation et fixation d'images : article 706-96 du Code de procédure pénale
Perquisition nocturne dans le cadre de criminalité organisée : articles 706-89, 706-90 et 706-91 du Code de procédure pénale

⁷¹⁵ Cass. crim., 5 mai 1999, Bull. crim., n° 87 ; *D.* 1999, IR, p. 192 ; *D.* 1999, somm. p. 325, obs. J. PRADEL ; *Dr. pén.* 8 sept. 1999, comm. 123, p. 21, obs. A. MARON.

§2. L'ineffectivité du contrôle de la régularité des éléments de preuve

217.- Les pouvoirs d'investigation de la police judiciaire doivent être exercés dans les conditions et limites fixées par la loi. A cet égard, l'autorisation judiciaire est une condition indispensable au déclenchement des procédures policières. Non seulement le magistrat compétent accorde cette autorisation, mais également il vérifie la conformité des actes accomplis par la police judiciaire au regard des exigences législatives. Il s'est développé l'idée selon laquelle l'annulation des procédures engagées aurait pour conséquence de fragiliser la répression pénale et d'assurer l'impunité de certains individus⁷¹⁶. Pour cette raison, la politique choisie tend à la régularisation des actes de recherche des preuves (A), ce qui a pour conséquence d'accroître l'autonomie décisionnaire de la police judiciaire⁷¹⁷ (B)

A. La régularité des actes de recherche des preuves

218.- Le contrôle de la régularité des procédures d'obtention de la preuve a pour fonction de garantir la légalité⁷¹⁸. La recherche d'une conciliation parfois difficile entre l'intérêt de l'investigation et la protection des libertés et des droits des personnes laisse une marge de manœuvre dans l'interprétation et l'application des textes. Si la nullité était systématiquement prononcée, cette sanction aurait un impact dévastateur sur la procédure engagée. Il peut sembler difficile d'admettre que, dans son ensemble, la procédure doit être annulée dès lors qu'elle se caractérise par des actes illicites. Il importe peu que l'autorisation judiciaire préalable commande la compétence policière. Dès que la procédure d'obtention de la preuve de l'infraction est mise en œuvre, la procédure incidente est toujours valable (1) faisant ainsi courir le risque d'une banalisation éventuelle des détournements de procédure (2).

⁷¹⁶ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 93 et s.

⁷¹⁷ P. HENNION-JACQUET, « L'accroissement de l'autonomie décisionnaire de la police judiciaire », *D.* 2005, Jur. p. 1917.

⁷¹⁸ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 286, p. 289 : « le contrôle exercé par l'autorité judiciaire sur la procédure d'obtention de la preuve de l'infraction est, en tout domaine, conçu comme un moyen d'assurer le respect de la légalité des procédures et la sauvegarde des libertés individuelles ».

1. La validation des procédures incidentes

219.- La procédure incidente peut être définie comme la procédure établie après la découverte, par de policiers, des faits étrangers à la procédure initiale mais susceptibles d'incrimination pénale.

Pour éviter que les opérations policières ne puissent être guidées ou ordonnées par la commission d'autres infractions, la loi fait obligation de mentionner les infractions recherchées dans l'autorisation judiciaire⁷¹⁹. Lorsque la mesure a finalement un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans l'autorisation judiciaire, elle entraîne l'annulation. Le principe est on ne peut plus clair : empêcher tout détournement de procédure. La police judiciaire, recevant l'autorisation d'effectuer un acte coercitif, ne peut que suivre les recommandations. L'interdiction est faite au magistrat compétent qui, aux fins de faciliter l'obtention de preuve, favorise une procédure plus coercitive ne relevant pas de l'infraction recherchée, mais dont l'unique objet est d'assurer le recueil de la preuve. Cette exigence doit encore être plus ferme à l'égard de la police judiciaire car l'introduction des procédures dérogatoires peut l'inciter à « recourir aux moyens spéciaux d'investigation sans que des éléments factuels accréditent sérieusement la qualification retenue pour justifier ces procédés »⁷²⁰.

220.- La question légitime s'est posée de savoir si le fait qu'au cours de l'enquête la police judiciaire découvre d'autres infractions que celles visées dans la décision judiciaire pouvait constituer une cause de nullité des procédures incidentes. Dans le souci d'éviter toute tentative de détournement de procédures, la logique voudrait que la réponse soit affirmative.

⁷¹⁹ L'article 78-2, alinéa 2 du Code de procédure pénale énonce que « sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat » ; article 78-2-2 dispose que « sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme visés par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal, des infractions en matière d'armes et d'explosifs visées par les articles L. 2339-8, L. 2339-9 et L. 2353-4 du code de la défense, des infractions de vol visées par les articles 311-3 à 311-11 du code pénal, de recel visées par les articles 321-1 et 321-2 du même code ou des faits de trafic de stupéfiants visés par les articles 222-34 à 22-38 dudit code, les officiers de police judiciaire, assistés, le cas échéant, des agents de police judiciaire..., peuvent, dans les lieux et pour la période de temps que ce magistrat détermine (...) procéder à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public » ; Articles 706-92 et 76 précisent que « a peine de nullité, les autorisations prévues par les articles 706-89 à 706-91 sont données pour des perquisitions déterminées et font l'objet d'une ordonnance écrite, précisant la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels les visites, perquisitions et saisies peuvent être faites ».

⁷²⁰ B. DE LAMY, « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La lutte contre le crime organisé », *D.* 2004, chron. p. 1914.

Elle forcerait ainsi la police judiciaire à se concentrer de manière efficace sur l'infraction dont l'autorisation est donnée au lieu, en l'absence de l'infraction recherchée, de vouloir à tout prix recueillir d'autres éléments de preuve.

221.- La sanction de l'inobservation de l'autorisation judiciaire ne traduit nullement une défiance à l'égard de la police judiciaire, mais simplement un encadrement nécessaire au bon déroulement des investigations. C'est exactement le dispositif qui a été adopté en matière de trafic de stupéfiants et de proxénétisme qui, tout en autorisant les perquisitions en dehors des heures légales, avait pris soin de préciser que les actes prévus ne pouvaient, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées à l'article 706-26 et à l'article 706-34⁷²¹. Pourtant, c'est une voie tout à fait différente qu'a suivie le législateur puisque le principe de l'interdiction d'extension de procédure est suivi d'une exception. Quelle que soit la procédure engagée, il est prévu que le fait que les opérations autorisées révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision judiciaire ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes⁷²². Cette disposition donne les plus larges pouvoirs à la police judiciaire pour lutter contre l'impunité. La confiance que cette disposition témoigne semble occulter les abus policiers dans l'utilisation de certaines mesures d'investigation.

222.- Se pose alors la question de l'intérêt d'exiger de mentionner les infractions recherchées dans la mesure où toute infraction découverte incidemment justifie l'établissement d'une procédure incidente. Le principe posé tend à devenir l'exception. Il est certain que si la personne mise en cause ne peut faire l'objet de poursuites pour l'infraction recherchée, faute d'éléments de preuve, en revanche, elle pourra être poursuivie voire condamnée sur le fondement de l'infraction incidente sans rapport avec l'autorisation initiale. Il n'est pas excessif d'en déduire qu'une forme d'autorisation législative implicite est accordée à la police judiciaire pour poursuivre toute infraction mentionner ou non dans l'autorisation judiciaire. Cela découle du fait que la police judiciaire, dans l'accomplissement de sa mission, peut être conduite à une utilisation abusive de ses pouvoirs. Cette situation est connue par tous et plus particulièrement par le législateur. C'est pour cette raison qu'il faut considérer que toute saisie

⁷²¹ Articles 706-28, alinéa 2 et 706-35 du Code de procédure pénale.

⁷²² Articles 78-2, alinéa 2 ; 78-2-2 ; dernier alinéa de l'article 76 ; alinéa 4 de l'article 706-93 et alinéa 2 du Code de procédure pénale.

incidente⁷²³ doit être expressément encadrée. Elle sera considérée comme un indice qui, pour être valable et entrer en condamnation, doit être corroboré voire complété par d'autres indices⁷²⁴. En d'autres termes, les saisies incidentes ne peuvent constituer à elles seules une preuve. En outre, pour que la personne mise en cause puisse bénéficier d'un contrôle efficace tel que voulu par le principe de « prééminence du droit », la saisie incidente doit pouvoir être contestée devant une autre autorité que celle ayant donné l'autorisation initiale. Cet encadrement garantirait ainsi « le mécanisme protecteur d'une partie de sa substance ». Cette exigence serait en conformité avec la jurisprudence européenne.

223.- La jurisprudence française a pendant longtemps considéré que la transcription d'écoutes téléphoniques provenant d'une procédure à laquelle le mis en cause est étranger, et intégrée ensuite dans une procédure le concernant bénéficiait d'une présomption de régularité⁷²⁵. Le fait qu'elles aient été ordonnées par un juge et réalisées sous son contrôle était suffisant pour que soit assurée la régularité. En d'autres termes, dès lors qu'un contrôle a été effectué par un juge, il était inutile d'offrir un second contrôle. La jouissance de la protection effective de la loi impose la mise en place d'un contrôle effectif. Ainsi, Madame MATSOPOULOU affirme que « la validation des saisies incidentes ne paraît pas conforme au principe de proportionnalité des restrictions apportées aux droits constitutionnellement garantis au but légitime poursuivi »⁷²⁶. Elle invite donc le législateur « lors d'une prochaine réforme à sanctionner par la nullité les saisies incidentes ». En l'absence d'une affirmation législative expresse, la jurisprudence aurait pu pallier cette lacune législative dans l'encadrement de la saisie incidente. Fort malheureusement, le caractère dangereux du risque d'abus policiers est régularisé par ces deux organes. Si le législateur favorise d'éventuels détournements, la jurisprudence quant à elle les valide.

⁷²³ La saisie incidente peut être définie comme l'opération par laquelle les officiers de police judiciaire procédant à une perquisition en exécution d'une procédure initiale découvrent des faits étrangers à cette procédure mais susceptibles d'incriminer pénale, ils peuvent saisir toute pièce à conviction se rapportant à ces faits en vertu des articles 56, 57, et 67 du Code de procédure pénale : Cass. crim., 11 juin 1985, Bull. crim., n° 227 ; Cass. crim., 9 févr. 1993, Bull. crim., n° 66 ; Cass. crim., 17 mai 1994, Bull. crim., n° 186. Il est nécessaire de préciser que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pendant longtemps refusé de valider la procédure de saisie incidente. Elle a finalement fini par admettre la pratique de saisie incidente qui reste très encadrée. Les officiers de police judiciaire pratiquant dans un domicile des perquisitions ordonnées par commission rogatoire n'ont le droit d'opérer une saisie se rapportant à une autre infraction qu'en cas de crime ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement : Cass. crim., 13 févr. 1925, D. 1925, 1, 148. Si l'infraction n'est pas flagrante, l'officier de police judiciaire qui agit en préliminaire ne peut opérer une saisie que sur l'assentiment de la personne chez qui se déroule l'opération.

⁷²⁴ On applique ainsi la même règle exigée en matière de témoignage anonyme, repentis et infiltration.

⁷²⁵ Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 10.

⁷²⁶ H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, 441 à 442.

2. Le caractère réel du risque des détournements de procédure

224.- Dans une démocratie procédurale⁷²⁷, « les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers de police judiciaire et à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans des conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que la loi ne leur a pas reconnus »⁷²⁸. Ce principe est loin d'être respecté. Pour recueillir plus facilement la preuve de l'infraction, la police judiciaire peut commettre des abus⁷²⁹. Ce danger ne semble pas être réellement pris en compte tant par le législateur que par le juge. Il est certain qu'au regard des critiques développées précédemment, la validation des procédures incidentes et la conception jurisprudentielle restrictive des nullités, tout en considérant hypothétique ces abus policiers⁷³⁰, favorisent des détournements de procédure.

225.- L'intérêt de l'investigation donne plus de poids à la liberté d'initiative policière. C'est ainsi que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 avait prévu un article selon lequel « le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre »⁷³¹. Cette disposition pouvait recevoir une double interprétation : soit le législateur voulait s'appuyer sur la bonne foi des policiers. L'éthique fonctionnelle impose d'agir dans le respect du droit. Pour cette raison, lorsque la police judiciaire est amenée à utiliser la procédure dérogatoire, c'est qu'elle a considéré que l'infraction relevait bien de la criminalité organisée. Dans ce cas, les actes d'investigation accomplis ne sauraient être remis en cause. A l'analyse de cette interprétation, il apparaît alors que la présomption dont bénéficie la police judiciaire est à la fois de bonne foi et irréfragable. Cela explique que la qualification erronée de l'infraction ne constitue pas une cause de nullité, et ce même si la qualification retenue pour justifier ces procédés d'investigation spéciaux appartient à la seule autorité policière. Soit le législateur a volontairement et de façon implicite voulu autoriser les détournements de procédure eu égard à la gravité de l'infraction. Désormais, la facilitation de la procédure probatoire recherchée

⁷²⁷ Expression de S. GUINCHARD, in *Vers une démocratie procédurale, Ce qui a changé dans la justice depuis vingt ans*, Dalloz, 1999, p. 91 et s.

⁷²⁸ Cass. crim., 18 déc. 1989, Bull. crim., n° 485 ; *JCP* 1990. II. 21530-21531, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 11 mai 1992, *Gaz. Pal.* 1993. I. 244, note J. PANNIER ; Cass. crim., 17 oct. 1994, Bull. crim., n° 333.

⁷²⁹ A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, Litec, 2^{ème} éd., 1998, n° 1594.

⁷³⁰ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 96.

⁷³¹ Article 706-104 du Code de procédure pénale.

avec raison⁷³² justifierait à tort les abus possibles, lesquels pourraient conduire à recourir à tous les moyens pour établir la preuve de l'infraction⁷³³. C'est oublier que « nous sommes dans un Etat de droit dans lequel la fin ne saurait à elle seule suffire à justifier les moyens »⁷³⁴.

226.- C'est sans doute la crainte que la commission de détournements procéduraux ne se banalise qui a conduit le Conseil constitutionnel à censurer cet article. Il a ainsi estimé que « si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées »⁷³⁵. Ce danger a-t-il disparu ? Rien n'est moins sûr. Le détournement de la procédure est motivé par la facilitation de la preuve. Parce que certaines méthodes d'investigation sont plus intéressantes que d'autres, la tentation est donc grande pour la police judiciaire de franchir les limites fixées par les textes. Il est donc nécessaire de prévoir clairement les règles d'invalidation. Pourtant, on observe une démission législative dans ce domaine. Il s'agit d'empêcher l'annulation d'une procédure abusive ayant permis de recueillir la preuve de l'infraction. Par ailleurs, la sanction de l'inobservation des règles légales relève du pouvoir discrétionnaire de magistrats. Il est à noter une démission judiciaire à travers la régularisation des détournements de procédure.

227.- Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, qui a eu l'occasion de trancher la question de détournement de procédure, elle ne l'a pourtant pas fait. En effet, suite à la découverte d'un corps atteint de deux balles, une information judiciaire contre X est ouverte. Les dires d'un témoin anonyme permettent l'identification de l'auteur présumé. La police judiciaire demande et obtient du juge d'instruction une commission rogatoire aux fins de profiter d'une perquisition pour sonoriser le domicile d'un tiers chez lequel le mis en cause avait l'habitude de se rendre. Trois jours après, celui-ci est arrêté. Tour à tour, la chambre de l'instruction puis la Chambre criminelle de la Cour de cassation lui dénie le droit d'agir en

⁷³² B. DE LAMY, « La loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé- Efficacité et diversification de la réponse pénale », *D.* 2004, chron. p. 1911.

⁷³³ M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Rép. pén. Dalloz*, oct. 2005.

⁷³⁴ D. ALLIX, « La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable », *Justices* 1998, n° 10, p. 43.

⁷³⁵ Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Gaz. Pal.* 11-15 avr. 2004, p. 3, note J.-E. SCHOETTI ; *JCP* 2004, II, 10048, note J.-C. ZARKA ; M. DOBKINE, « La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 956.

nullité, car « seul celui qui en a été personnellement victime a qualité pour invoquer une violation des règles de procédure, portant atteinte à l'intimité de sa vie privée »⁷³⁶. Si cette solution de la Chambre criminelle de la Cour de cassation a longtemps constitué le principe, l'élément nouveau est l'utilisation d'une mesure d'investigation (perquisition) à des fins étrangères (sonorisation). Il est incontestable que la preuve a été obtenue à l'aide d'un détournement de procédure. La Chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît l'irrégularité de la commission rogatoire en affirmant qu'elle ne peut avoir d'autres fins que la recherche d'objets utiles à la manifestation de la vérité. Pour autant, elle semble considérer que ce détournement de procédure est sans incidence sur la procédure. Cette position jurisprudentielle n'est pas satisfaisante. La perquisition qui n'est motivée que par la sonorisation est irrégulière⁷³⁷. Cette irrégularité doit en toute logique conduire à l'annulation de l'acte subséquent, à savoir la sonorisation. Par voie de conséquence, l'absence de la qualité pour agir de la personne mise en cause ne légitime pas une violation des règles de procédure.

228.- Cette solution interne semble désormais être écartée par la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France pour deux motifs : d'une part la Cour européenne des droits de l'homme estime que la sonorisation n'était pas prévue par une loi d'une précision particulière⁷³⁸. D'autre part la Cour européenne des droits de l'homme, en se fondant sur l'exigence d'un contrôle efficace de la nécessité et de la proportionnalité, considère que doit pouvoir en bénéficier toute personne soumise à une ingérence⁷³⁹. Cette solution conduit à considérer que le détournement des procédures a désormais une incidence sur la régularité de la procédure. L'obstacle de l'absence de qualité qui permettait de régulariser l'abus de la procédure est levé. Même si la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas positionnée sur le détournement de procédure en estimant qu'aucune question ne se posait sur

⁷³⁶ Cass. crim., 15 févr. 2000, Bull. crim., n° 68, p. 184 ; *D.* 2000, IR p. 143 ; *Dr. pén.* 2000, comm. n° 6, obs. A. MARON.

⁷³⁷ P. HENNION-JACQUET, note sous CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, *D.* 2005, p. 2575 : « en dernier lieu, la preuve était déloyale, la police judiciaire l'ayant obtenue à l'aide d'un détournement de procédure consistant à utiliser la perquisition à des fins étrangères ».

⁷³⁸ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France* ; P. HENNION-JACQUET, « L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2005, Jur. p. 2575 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011, p. 466 ; V. BERGER, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^{ème} éd, Sirey, 2011, 741-747 ; Voir également CEDH, 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni*, Rec. CEDH, p. V 2000.

⁷³⁹ CEDH, 27 juil. 1998, *Lambert c/ France*, *D.* 1999, somm. p. 271, obs. J.-F. RENUCCI ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 384, spéc. p. 393, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RTD civ.* 1998, p. 994, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP* 1995, I, 105, obs. F. SUDRE ; CEDH, *Vetter c/ France*, 31 mai 2005, *RPDP* 2006, p. 137, obs. C. AMBOISE-CASTEROT ; *D.* 2006, p. 764, note D. ROET.

le fondement de l'article 6 de la Convention européenne, il est néanmoins à noter que la loyauté de la preuve, qui entre dans le droit à un procès équitable⁷⁴⁰, interdit toute dérive policière. La prééminence du droit garantit le respect des règles légales. Ce qui impose une certaine transparence policière dans le choix des procédures.

Voyant un risque d'une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 qui est venue légaliser la sonorisation, en a profité pour préciser les conditions de sa mise en oeuvre. Il est prévu que pour la mise en place de ce dispositif, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention puisse autoriser l'introduction dans un véhicule ou dans un lieu privé, y compris en dehors des heures légales pendant lesquelles peuvent se dérouler les perquisitions⁷⁴¹. Le législateur semble encadrer l'application de cette disposition puisqu'il est précisé que les autorisations délivrées ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif technique. La sonorisation devrait faire l'objet d'une décision autonome. Elle ne saurait accompagner une mesure de perquisition. Le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention saisi pourrait autoriser les forces de police à pénétrer à tout moment dans un lieu privé, à l'insu du propriétaire ou de ses ayants droits, uniquement pour y installer des équipements nécessaires à la sonorisation. C'est précisément ce qui est prévu dans la plupart des législations étrangères⁷⁴². Par ailleurs, il est significatif de reconnaître que la régularisation des actes de recherche des preuves accroît de manière considérable l'autonomie décisionnaire de la police judiciaire.

B. L'accroissement de l'autonomie décisionnaire de la Police judiciaire⁷⁴³

229.- La loi assure aux autorités d'enquête « des moyens d'investigation larges et puissants afin que la constatation et la répression des infractions s'effectuent avec la rapidité, l'efficacité et l'exactitude désirables »⁷⁴⁴. Ces moyens considérables, diminuant la protection des libertés individuelles, ne s'appliquent qu'aux infractions relevant d'une criminalité considérée comme grave. La question de la qualification des infractions est fondamentale.

⁷⁴⁰ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 551, p. 434 ; P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve*, Rapport de la Cour de cassation, 2004, p. 2.

⁷⁴¹ Article 706-96, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

⁷⁴² Article 90, alinéa 2 ter du Code d'instruction criminelle belge ; arrêt n° 135 du 11 avril 2002 de la Cour constitutionnelle italienne.

⁷⁴³ Expression de P. HENNION-JACQUET, in « Accroissement de l'autonomie décisionnelle de la police judiciaire », *D.* 2005, Jur. p. 1917.

⁷⁴⁴ J. PATARIN, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *L'autonomie du droit pénal*, G. STEFANI (dir.), Dalloz, 1956, p. 7.

Elle doit faire l'objet d'une intention toute particulière et d'une réglementation très stricte. Il semble que cette indispensable qualification dans le déclenchement des mesures d'investigation renforcées est laissée à la libre appréciation policière (1). Plus étonnant encore, l'autonomie décisionnaire de la police judiciaire s'accroît à raison d'une conception législative et jurisprudentielle par trop restrictive des nullités, conduisant à sa dénaturation (2).

1. La libre qualification policière des faits

230.- Il est fort justement exigé une autorisation judiciaire nécessaire à la mise en mouvement des procédures dérogatoires. Cette autorisation suffit-elle à effectuer un véritable contrôle dans la qualification policière donnée des faits ? La réponse semble être négative. Il est vraisemblable qu'un magistrat préfère utiliser des techniques d'investigation plus adaptées. Cette préférence peut le conduire à accorder à la police judiciaire une grande liberté dans l'appréciation des faits. En effet, le problème de la qualification pénale des faits se pose dès le début de l'enquête. Nul n'ignore que, pendant longtemps, il appartenait au magistrat compétent de qualifier les faits pour lesquels une enquête avait été diligentée en préliminaire ou en flagrance. Néanmoins, c'était à l'époque où les droits de la défense n'avaient qu'une place limitée dans la procédure.

231.- Développant les droits des personnes mises en cause⁷⁴⁵, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 faisait obligation à l'officier de police judiciaire de donner connaissance de ses droits à la personne gardée à vue. Puis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000⁷⁴⁶ fait obligation à l'officier de police judiciaire, lors du placement en garde à vue, de donner connaissance à la personne retenue de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. A partir de ces exigences, la qualification pénale des faits relève désormais du pouvoir de la police, et le magistrat compétent pourra requalifier les faits⁷⁴⁷. Pour autant, le problème de la qualification pénale des faits n'a pas disparu. Il a pris une dimension beaucoup plus importante avec l'adoption de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

⁷⁴⁵ J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès ; Essai d'un bilan », in *Mélanges LARGUIER*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 223 et s.

⁷⁴⁶ B.-B. VATIER, « Le souffle nouveau de la loi du 15 juin 2000 », *Gaz. Pal.* 2001, p. 1219.

⁷⁴⁷ Entre le moment de l'arrestation et la condamnation définitive, la qualification des faits pourra subir des modifications.

Il est à rappeler que cette loi met en place une procédure pénale « bis »⁷⁴⁸ facilitant l'obtention des preuves. Le défaut majeur de cette procédure, selon certains auteurs, vient du fait que « l'avalanche de règles spécifiques va s'abattre avant toute qualification judiciaire des faits »⁷⁴⁹. Cette observation judiciaire vient rejoindre celle de la Commission nationale consultative des droits de l'homme. Dans son avis du 27 mars 2003, celle-ci faisait observer que « le système proposé repose à nouveau sur la qualification donnée aux faits par les premiers enquêteurs, celle-ci autorisant ou non le recours à la procédure exceptionnelle et aux juridictions spécialisées décrites dans le texte ; or, cette opération de qualification est l'une des plus délicates juridiquement à réaliser, de surcroît en tout début d'enquête ; elle est susceptible de permettre de graves détournements de procédure ». Il ressort donc que la libre qualification policière des faits constitue un véritable risque d'abus de la procédure. Le mieux serait que la police judiciaire soumette la qualification retenue à l'acceptation judiciaire. Si celle-ci s'avère exacte, le magistrat compétent pourrait ainsi autoriser les règles particulières facilitant la recherche des preuves.

232.- Le problème de la qualification pénale est trop important eu égard aux nouveaux moyens juridiques mis à la disposition de la police judiciaire lorsque leurs investigations portent sur des faits relevant des qualifications retenues dans le nouvel article 706-73 du Code de procédure pénale⁷⁵⁰.

Le législateur semblait minorer l'importance de l'opération de la qualification pénale des faits en donnant à la police judiciaire un pouvoir exorbitant. En effet, rappelons que le législateur avait prévu que le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre⁷⁵¹. Cette disposition législative accordait à la police judiciaire une marge d'erreur considérable qui lui permettait de retenir « de manière plus ou moins artificielle la circonstance aggravante de bande organisée à seule fin de mettre en œuvre les pouvoirs que

⁷⁴⁸ CH. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 649 et 650 : « l'apparition d'une procédure « bis », serait-elle sous garantie judiciaire, est en soi une dérive, l'est plus encore la multiplication des infractions aux définitions souvent floues qui souffrent d'un régime procédural propre ».

⁷⁴⁹ D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentative sécuritaire » in *Mélanges OTTENHOFF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 60 ; CH. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 652.

⁷⁵⁰ M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004 ; Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 580 ; J. PRADEL, « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi du 9 mars 2004 », *JCP*, I, 12 mai 2004, 134.

⁷⁵¹ Ancien article 706-104 du Code de procédure pénale censuré par le Conseil constitutionnel.

leur confère la loi en la matière »⁷⁵². Et, si la qualification s'avèrait erronée, la procédure ne risquait pas de souffrir de censure. Il est alors permis d'avancer que la finalité recherchée était de permettre à la police judiciaire de déclencher plus facilement les procédures dérogatoires attentatoires aux libertés individuelles au détriment d'une procédure de droit commun plus lente mais respectueuse des libertés. Sans doute, le risque était alors grand que « cette procédure pénale dérogatoire, d'exceptionnelle, ne devienne en réalité la règle »⁷⁵³. La faculté qui était offerte à la police judiciaire de choisir entre ces deux types de procédure allait conduire mécaniquement à privilégier l'intérêt de l'enquête par la facilitation de l'obtention de la preuve au détriment des libertés. Si le législateur a voulu faciliter une prise de risque de la part de la police judiciaire, il aurait dû prévenir toute dérive policière en frappant de nullité toute procédure, dès lors qu'il s'est avéré que la police judiciaire a consciemment et volontairement fait une qualification pénale erronée des faits aux fins de bénéficier des mesures d'investigation dérogatoires.

Force est de reconnaître que le choix opéré était d'accroître l'autonomie décisionnaire de la police judiciaire en régularisant à n'importe quel prix les détournements de procédure. Fort heureusement, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition au motif que, pour décider de mettre en œuvre l'une de ces procédures, l'autorité judiciaire doit disposer d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que les faits constituent l'une des infractions énumérées par l'article 706-73 nouveau de code de procédure pénale ; que, si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées⁷⁵⁴. Le Conseil constitutionnel encadre l'opération de qualification pénale des faits pour éviter l'utilisation des mesures d'investigation spéciales à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été accordées. Autre problème posé est celui de la dénaturation des nullités.

⁷⁵² F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Procédure pénale*, 2^{ème} éd., Economica, 2012, n° 577, p. 387.

⁷⁵³ D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentative sécuritaire », in *Mélanges OTTENHOFF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 59 ; CH. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 652.

⁷⁵⁴ Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Gaz. Pal.* 11-15 avr. 2004, p. 3, note J.-E. SCHOETTI ; *JCP* 2004, II, 10048, note J.-C. ZARKA ; M. DOBKINE, « La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 956.

2. La dénaturation légale et jurisprudentielle des nullités procédurales

233.- Précisons que la nullité ne doit pas être confondue avec l'irrecevabilité⁷⁵⁵. La première concerne les actes de la procédure⁷⁵⁶ alors que la seconde vise les éléments de preuve résultant de ces actes. Il existe une multitude d'actes de la procédure⁷⁵⁷, et la nullité est encourue en cas de méconnaissance des formalités prescrites par la loi⁷⁵⁸. Le contentieux de la régularité d'actes de la procédure relève de la compétence de la chambre d'instruction lorsqu'une information judiciaire a été ouverte. A défaut de celle-ci, la juridiction de jugement est compétente pour connaître du contentieux de l'annulation. La requête en nullité peut être déclarée irrecevable. La situation se complique lorsque les moyens de nullité présentés sont recevables. L'annulation des actes affectés par l'irrégularité peut être totale ou partielle⁷⁵⁹. En cas d'annulation partielle, seuls les actes entachés d'irrégularités sont annulés⁷⁶⁰, mais les actes réguliers risquent eux-aussi d'être annulés parce qu'ils sont le support nécessaire des actes entachés d'irrégularités⁷⁶¹. Ce qui revient indirectement à une annulation totale. En effet, dans ce dernier cas, ce sont tous les actes de la procédure qui sont entachés d'irrégularités parce qu'ils sont tous affectés⁷⁶². Lorsque l'annulation totale est prononcée, les actes sont retirés du dossier. En cas d'annulation partielle, les actes sont annulés⁷⁶³. Il est interdit de tirer aucun renseignement des actes annulés⁷⁶⁴, mais il est possible de procéder à nouveau au même acte à condition de ne puiser aucun renseignement dans les actes annulés, c'est-à-dire ne pas reconstituer les actes annulés⁷⁶⁵. Lorsque l'acte de la procédure est déclaré nul, les éléments de preuve résultant de cet acte doivent être écartés des débats et la procédure établie à la suite sur leur fondement annulée.

234.- L'irrecevabilité des éléments de preuve peut être soulevée indépendamment de la nullité de l'acte de la procédure. Ainsi, les éléments de preuve obtenus en méconnaissance des

⁷⁵⁵ E. VERGES, « Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 887.

⁷⁵⁶ Article 170 du Code de procédure pénale.

⁷⁵⁷ Notamment les perquisitions, les saisies, les interrogatoires, les auditions, les transcriptions d'écoutes, la garde à vue.

⁷⁵⁸ Articles 171 et 802 du Code de procédure pénale.

⁷⁵⁹ Article 174 du Code de procédure pénale.

⁷⁶⁰ Cass. crim., 19 mars 2002, Bull. crim., n° 63.

⁷⁶¹ Cass. crim., 4 janv. 2005, Bull. crim., n° 3.

⁷⁶² Cass. crim., 27 févr. 1996, Bull. crim., n° 93 ; *D.* 1996, p. 346, note CH. GUERY ; *JCP* 1996, II, 22629, note M.-L. RASSAT.

⁷⁶³ Article 174 du Code de procédure pénale.

⁷⁶⁴ Cass. crim., 16 mai 2007, Bull. crim., n° 130.

⁷⁶⁵ Cass. crim., 29 mai 2002, Bull. crim., n° 121 ; Cass. crim., 8 déc. 1998, Bull. crim., n° 334.

exigences légales doivent être déclarés irrecevables. Si ces éléments de preuve ont fondé la procédure, celle-ci doit être annulée⁷⁶⁶. En revanche, la procédure peut être maintenue s'il existe d'autres éléments de preuve recueillis légalement. L'irrecevabilité des éléments de preuve a donc une incidence limitée sur la procédure. Elle ne semble concerner que la preuve illégale et ne s'étend pas aux preuves légales. Précisions faites, il convient de revenir sur le contentieux des nullités.

235.- Les techniques d'investigation policières sont encadrées ; elles ne peuvent se concevoir que dans le respect de la légalité. Toute preuve obtenue au mépris d'une formalité substantielle doit être écartée. Cette règle revient à admettre que les formalités procédurales sont prescrites à peine de nullité. Or, l'interprétation judiciaire restrictive en matière de nullité traduit une certaine insécurité juridique. La dénaturation légale des nullités tire sa source dans la distinction entre nullités d'ordre public et nullités d'intérêt privé⁷⁶⁷. Normalement, les nullités d'ordre public sont prononcées de plein droit et le juge peut les soulever d'office tandis que les nullités d'intérêt privé ne se prononcent qu'en présence d'un grief⁷⁶⁸, lequel invite toute personne victime d'une irrégularité à apporter la preuve d'atteinte à ses intérêts⁷⁶⁹. En réalité, les « premières sont en effet caractérisées par l'absence déroutante de critère précis tandis que la reconnaissance des secondes est étroitement liée à la démonstration d'un grief parfois difficile à établir en plus de présenter l'inconvénient majeur d'affaiblir la portée de l'exigence générale de bonne justice relative au respect des droits de la défense »⁷⁷⁰. C'est donc en grande partie l'imprécision des dispositions légales qui est la résultante d'une incertitude quant au champ d'application des nullités des actes de la procédure.

A cela s'ajoute la position du juge. Favorable à la préservation de la procédure, en dépit de son irrégularité, le juge met l'accent sur les effets de la méconnaissance des règles légales sur

⁷⁶⁶ Cass. crim., 5 mai 1999, Bull. crim., n° 87 ; *D.* 1999, somm. p. 325, obs. J. PRADEL ; *Dr. pén.* 1999, comm. n° 123 ; Cass. crim., 16 janv. 2008, *RPDP* 2008, p. 385, obs. C. AMBOISE-CASTEROT ; *Rev. sc. crim.* 2008, p. 368, obs. R. FINIELTZ.

⁷⁶⁷ L'article 171 du Code de procédure pénale énonce que « il ya nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêt de la partie qu'elle concerne » ; Article 802 du Code de procédure pénale précise que « en cas de violation de forme prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ».

⁷⁶⁸ J. DANET, « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ Pén.* 2005, p. 133.

⁷⁶⁹ G. CLEMENT, « De la règle pas de nullité sans grief en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 433 ; G. LEVASSEUR, « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *Mélanges PATIN*, p. 489.

⁷⁷⁰ E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *Rev. sc. crim.* 2002. chron. p. 265.

la personne prétendument lésée pour écarter l'annulation de l'acte⁷⁷¹. Une telle politique s'explique par le fait que la sanction de l'inobservation du formalisme relève du pouvoir discrétionnaire du juge⁷⁷². Ce dernier a cru bon de faire une application au cas par cas⁷⁷³, aboutissant finalement à une application arbitraire⁷⁷⁴.

236.- La judiciairité des procédures d'obtention des preuves accorde au juge une place centrale. Son assentiment s'avère indispensable au déclenchement des procédures. Par là même, il tend à encadrer le pouvoir de la police judiciaire. Dès lors qu'une règle a été méconnue, la nullité semble encourue. Force est ainsi de reconnaître que la voie suivie par le juge s'apparente à une forme de dénaturation des nullités. La politique jurisprudentielle de restriction des cas de nullité constitue un « nouvel exemple du déclin de la légalité procédurale »⁷⁷⁵. Maître dans le prononcé de la nullité, le juge semble considérer, hormis les rares cas du prononcé de la nullité d'ordre public, qu'en l'absence d'une disposition expresse, ce qui n'est pas prohibé est autorisé. Il renforce ainsi le principe de la liberté de la preuve dont la seule limite serait l'éventuelle responsabilité de la police judiciaire. A vrai dire, il apparaît quasi impossible d'écarter une procédure irrégulière. L'admission de la nullité « oblige à recommencer les procédures »⁷⁷⁶. La preuve ainsi obtenue doit par conséquent être anéantie. Il ne fait pas de doute que la sanction de l'inobservation des formalités profite à la personne mise en cause. L'excès de zèle de la police judiciaire peut lui assurer une relative « impunité ».

237.- Parce que la preuve constitue le soutien indispensable à la procédure, le juge estime que l'inobservation de formalité légale ne constitue en rien un vice de la procédure engagée⁷⁷⁷. C'est ainsi que dans le cadre d'une information ouverte pour blanchiment d'argent, des officiers de police judiciaire commis rogatoirement placent un expert comptable en garde à

⁷⁷¹ Cass. civ., 10 oct. 2012, n° 11-30.131.

⁷⁷² W. JEANDIDIER, « Les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme : cinq ans de jurisprudence de la chambre criminelle (1983-1987) », *Arch. pol. crim.* 1989, n° 14, p. 104 : « la procédure pénale française accorde une confiance exagérée aux juges pour la détermination des cas de nullité et aussi pour leur prononcé ».

⁷⁷³ J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990, n° 750, p. 775.

⁷⁷⁴ G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, Thèse, Aix-en-Provence, 1977, p. 497.

⁷⁷⁵ P. HENNION-JACQUET, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction, un exemple du déclin de la légalité procédurale », *RPDP* mars 2003, n° 1, p. 7.

⁷⁷⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 244, p. 297.

⁷⁷⁷ H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve ; Aspects actuels en France », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 17 : « pour la Cour de cassation, c'est essentiellement sa valeur probante, son rôle dans la manifestation de la vérité. Une preuve est une preuve et la Haute juridiction répugne à laisser impuni un coupable avéré et à sacrifier la vérité à des principes non écrits et dont la définition est l'objet de discussions ».

vue. Au cours de l'audition, les officiers de police judiciaire découvrent les faits de tentative d'escroquerie non compris dans leur saisine. Ils informent le procureur de la République qui décide de l'ouverture d'une enquête préliminaire incidente. Condamné pour tentative d'escroquerie, et débouté de sa demande devant la chambre de l'instruction tendant à la nullité à raison du défaut d'information du juge mandant par les officiers de police judiciaire, le mis en cause se pourvoit en cassation. La Chambre criminelle de la Cour de cassation énonce que l'officier de police judiciaire n'est pas tenu d'informer le juge mandant de la découverte d'infractions non comprises dans leur saisine s'ils sollicitent immédiatement les instructions du procureur de la République⁷⁷⁸. Un officier de police judiciaire qui agit sous l'autorité et le contrôle du juge mandant, en l'occurrence le juge d'instruction, est libre de se passer de ce juge en cas de découverte d'autres infractions et d'aviser une autre autorité, à savoir le procureur de la République. Cette solution conduit à rendre le juge mandant ignorant du déroulement de la procédure. Le contrôle que le juge d'instruction est censé exercer est fictif⁷⁷⁹ puisque la police judiciaire est libre dans le choix du magistrat compétent. Nul doute que la validité de ce détournement de procédure est motivée par la politique jurisprudentielle réticente à l'annulation des actes de la procédure. En conséquence, la police judiciaire détient un pouvoir discrétionnaire qui ne cesse d'accroître son autonomie décisionnaire. Elle aboutit à un affaiblissement volontaire du rôle des magistrats (le juge d'instruction en ce qui concerne l'arrêt) dans le contrôle des procédures policières. Le principe légaliste s'amenuise, la conciliation entre l'intérêt de l'enquête et la protection des libertés individuelles tend peu à peu à disparaître. Dès lors, l'impératif répressif serait l'objectif premier de la procédure pénale.

238.- Le déclin de la légalité procédurale aurait pour corollaire l'inégalité devant la loi. La question légitime se pose de savoir quel est l'intérêt à ce que le législateur encadre les procédures policières par une réglementation stricte si le juge valide des procédures irrégulières. Il est certain que le droit de la preuve gagnerait incontestablement en cohérence si l'on admettait, dans tous les contentieux, que l'inobservation d'une formalité substantielle entraîne mécaniquement l'annulation des actes affectés par l'irrégularité, les éléments de preuve écartés et la procédure établie à la suite sur leur fondement annulée. L'affirmation vaut sans doute pour le juge : il serait privé de son pouvoir discrétionnaire. La nullité concourt à la

⁷⁷⁸ Cass. crim., 12 janv. 2005, Bull. crim., n° ; *D.* 2005, Jur. p. 1917, note P. HENNION-JACQUET.

⁷⁷⁹ P. HENNION-JACQUET, note sous Cass. crim., 12 janv. 2005, *D.* 2005, Jur. p. 1917.

bonne administration de la justice⁷⁸⁰. Il ne saurait exister plusieurs types de nullité⁷⁸¹ car il est établi que cette dissociation contribue à l'ineffectivité du contrôle de la régularité des éléments de preuve⁷⁸². C'est ainsi qu'en matière de livraisons contrôlées, alors même que la loi exigeait une autorisation judiciaire nécessaire au déclenchement de la procédure, le juge a considéré que l'absence d'autorisation était sans incidence sur la régularité de l'acte⁷⁸³. De même qu'une commission rogatoire ayant révélé un détournement de procédure est pourtant sans effet sur l'acte de la procédure⁷⁸⁴ ainsi qu'une mauvaise qualification pénale des faits⁷⁸⁵. Alors même que la nullité de l'acte de la procédure est sans conteste un moyen de garantir la légalité procédurale en responsabilisant la police judiciaire, son automaticité pour non respect de la formalité, en l'absence d'une disposition expresse, serait en réalité un moyen de faire l'économie d'une loi⁷⁸⁶.

239.- Conscient du fait que le recours en nullité n'aboutit que rarement, le législateur est intervenu pour redonner à la nullité la place qui doit être la sienne. Il n'échappe plus à personne que l'autorisation judiciaire préalable, nécessaire à la validité de l'infiltration, est prévue à peine de nullité⁷⁸⁷. Il en est de même pour les perquisitions nocturnes s'agissant de l'une des infractions visées à l'article 706-73 et d'un crime ou délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans⁷⁸⁸. Il faut bien reconnaître que l'ensemble de ces dispositions est loin d'être suffisant pour garantir à la nullité sa fonction. Néanmoins, il arrive que la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que le défaut de l'autorisation judiciaire préalable à une mesure d'investigation est constitutif d'une nullité⁷⁸⁹. En effet, dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte sur des faits d'agression sexuelle qu'aurait commis le directeur d'un centre d'aide par le travail sur une personne

⁷⁸⁰ J.-H. ROBERT, « Nullités de procédure et bonne administration de la justice », *D.* 1971, p. 85.

⁷⁸¹ La distinction entre nullités d'ordre public et nullités d'intérêt privé ne devrait pas se combiner avec la distinction entre nullités textuelles et substantielles.

⁷⁸² P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004, Jur. p. 1265.

⁷⁸³ Cass. crim., 24 févr. 1999, *D. Jur.* p. 460, note J. COULON ; Cass. crim., 1 avr. 1998, *Bull. crim.*, n° 124 ; *D.* 1998, Jur. p. 430, note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 582, obs. J.-P. DINTILHAC ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 110, obs. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE ; *Procédures* 1998, comm. p. 126, obs. J. BUISSON ; *Dr. pén.* 1998, comm. p. 92, obs. A. MARON.

⁷⁸⁴ Cass. crim., 15 févr. 2000, *Bull. crim.*, n° 68 ; *D.* 2000, IR p. 143 ; *Dr. pén.* 2000, comm. n° 6, obs. A. MARON.

⁷⁸⁵ J. PRADEL, « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi du 9 mars 2004 », *JCP* 2004, I, 134.

⁷⁸⁶ Expression de R. KOERING-JOULIN, in « De l'art de faire l'économie d'une loi », *D.* 1990, chron. p. 187.

⁷⁸⁷ Article 706-81 du Code de procédure pénale.

⁷⁸⁸ Articles 706-90 et 76 du Code de procédure pénale.

⁷⁸⁹ Cass. crim., 14 oct. 2003, *Bull. crim.*, n° 23 ; *D.* 2003, IR p. 2932 ; *D.* 2004, Jur. p. 1265, note P. HENNION-JACQUET.

handicapée mentale, un officier de policier judiciaire nomme deux experts sans l'autorisation préalable du procureur de la République prévue par la loi. La chambre de l'instruction annule l'expertise au motif que l'excès de pouvoir commis par l'officier de police judiciaire qui a procédé seul à la désignation de ces personnes qualifiées est constitutif d'une nullité d'ordre public qui doit entraîner l'annulation des réquisitions « sans qu'il soit nécessaire de rechercher si elles ont fait grief au requérant ». Cette position est approuvée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, laquelle affirme que les dispositions de l'article 77-1 du code de procédure pénale sont édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et que leur méconnaissance est constitutive d'une nullité à laquelle les dispositions de l'article 802 dudit Code sont étrangères. Cette solution s'appuie sur le caractère d'ordre public de la règle pour annuler l'acte de la procédure, ce qui tend à maintenir la distinction entre nullités d'ordre public et nullités d'intérêt privé. En revanche, le maintien de la distinction entre nullités textuelles et nullités substantielles ne s'imposerait pas. L'inobservation d'une formalité substantielle entraînerait l'annulation de l'acte de la procédure affecté par l'irrégularité sans qu'il soit nécessaire de rechercher et de préciser si la formalité méconnue est textuelle ou substantielle⁷⁹⁰. Cette exigence mettrait ainsi fin à la dénaturation des nullités en matière de preuve.

240.- La logique d'efficacité qui anime la politique pénale ne peut se faire au mépris de la légalité procédurale. Le juge européen veille à ce que la prééminence du droit garantissant une bonne administration de la justice soit toujours recherchée. Il apparaît de plus en plus comme un garant intransigeant de la légalité des procédures policières par comparaison au juge interne.

⁷⁹⁰ P. HENNION-JACQUET, note sous Cass. crim., 14 oct. 2003, *D.* 2004, Jur. p. 1265 : « il est donc nécessaire d'unifier les nullités. Celle-ci ne doit en aucun cas conduire à élaborer des solutions contradictoires et aléatoires ».

SECTION II : LE JUGE EUROPEEN

241.- Au-delà de la garantie procédurale, la Convention européenne des droits de l'homme a bouleversé les pratiques en matière de recherche de la preuve au grand profit des droits des personnes. La validité d'une disposition interne dépend de sa conformité à la Convention européenne. Pour cette raison, il est soutenu que le développement des droits de l'homme a joué un rôle moteur en procédure pénale⁷⁹¹. Emerge ainsi l'idée de « l'humanisation de la procédure pénale »⁷⁹². La Convention européenne garantit un certain nombre de droits. Pour assurer sa pleine protection, cette garantie s'est accompagnée de la mise en place d'un organe de contrôle : la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁹³ dont la mission est de s'assurer de la conformité du droit pénal procédural des Etats au regard des exigences de la Convention européenne. Pour ce faire, la Cour européenne des droits de l'homme fait œuvre d'interprétation de la Convention européenne. Il semble que la Cour européenne des droits de l'homme se soit montrée exigeante en ce domaine, puisqu'elle a affirmé que « le but de la Convention consiste à protéger non pas des droits théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁷⁹⁴. Cette précision, conséquence essentielle d'une interprétation évolutive de la Convention européenne, conduit à une consécration des principes non expressément prévus par la Convention européenne⁷⁹⁵. Au fil des décisions rendues, la Convention européenne et la Cour européenne des droits de l'homme apparaissent en réalité comme « des éveilleurs de conscience juridique qui, en ce domaine comme dans beaucoup d'autres, peuvent aider (les Etats) à rester fidèle à leurs valeurs essentielles »⁷⁹⁶.

242.- La jurisprudence européenne favorise donc une modification en profondeur du droit pénal procédural des Etats. Pour s'en convaincre, il est frappant de constater qu'en dépit de certaines résistances législatives ou jurisprudentielles internes, celle-ci finit par s'imposer aux autorités normatives des Etats. Faut-il alors écarter la décision étatique ayant méconnu la Convention européenne⁷⁹⁷ ? Monsieur MARGUENAUD répond par l'affirmative. Il

⁷⁹¹ P. COUVRAT, « Le rôle moteur du développement des droits de l'homme en procédure pénale », *Dr. pén.* 2002. 5.

⁷⁹² J. PRADEL, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 1.

⁷⁹³ MARGUENAUD. J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 15 et s.

⁷⁹⁴ CEDH, 9 oct. 1979, Airey, Série A, n° 32, par. 24 ; CEDH, 13 mai 1980, Artico c/ Italie, Série A, n° 37 ; CEDH, 9 avr. 1984, Goddi, Série A, n° 76, par. 31.

⁷⁹⁵ Notamment le droit de se taire et celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

⁷⁹⁶ J.-P. MARGUENAUD, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, chron. p. 255.

⁷⁹⁷ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 277.

considère « qu'il est impossible d'admettre que puisse s'exécuter encore une condamnation obtenue au prix d'une violation des droits de l'homme. Car on ne peut pas durablement faire respecter les valeurs protégées par le Code pénal, si pour condamner ceux qui les ont méconnues, on commence par piétiner allègrement les valeurs fondamentales inscrites dans un instrument international dûment ratifié »⁷⁹⁸. Il est en effet devenu impensable que le juge interne ne tienne pas compte de la position du juge européen. Bien au contraire, le juge interne s'est résolu à répondre à des moyens fondés sur la violation de la Convention européenne⁷⁹⁹. C'est donc dans son rôle de contrôle de l'admission des preuves dans la procédure pénale que le juge européen constitue le dernier recours indispensable au maintien de la place des droits de l'homme dans les Etats, qui peuvent être tentés de les restreindre au nom de l'intérêt de la sauvegarde et de la protection de tous. Ainsi, la recherche de la preuve par la police judiciaire doit répondre au principe de l'existence d'une équité procédurale (§1). Par ailleurs, l'intrusion étatique dans les droits substantiels des individus doit être strictement pondérée (§2).

§1. L'équité procédurale

243.- La Cour européenne des droits de l'homme ne cesse de rappeler que « la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit et il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elle. La tâche de la Cour consiste donc à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des preuves, revêt un caractère équitable »⁸⁰⁰. L'admissibilité des modes de preuve relève de la compétence du droit interne. Ce dernier est libre de fixer les règles fondées à accepter ou refuser une preuve. La Cour européenne des droits de l'homme ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale⁸⁰¹. Il lui incombe seulement de vérifier si la procédure a présenté dans son ensemble un caractère équitable⁸⁰². A vrai dire, la Cour européenne des droits de l'homme « s'octroie de ce fait un pouvoir de contrôle considérable sur le fonctionnement de la justice pénale, sans que l'on sache a priori

⁷⁹⁸ J.-P. MARGUENAUD, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, chron. p. 254.

⁷⁹⁹ J. PRADEL, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 1.

⁸⁰⁰ CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c/ France*, Série A, n° 191 ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Sirey, 2011, 741-747 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011, p. 45.

⁸⁰¹ Cela concerne seulement les acteurs privés et non les autorités publiques.

⁸⁰² CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c/ Suisse*, Série A, n° 140, p. 29.

sur quels critères elle peut se baser pour sanctionner un système procédural »⁸⁰³. Il reste que, d'une façon plus générale, les procédures policières doivent respecter le droit à la présomption d'innocence (A) et garantir le droit de se défendre (B).

A. Le droit à la présomption d'innocence

244.- Ce droit est universellement reconnu. Il figure dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁸⁰⁴, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁸⁰⁵ et à l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce que « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Sa valeur constitutionnelle est également exprimée dans la plupart des Etats démocratiques. Toutefois, si « le principe est universellement reconnu, il est tout aussi universellement mal connu, voire universellement méconnu, en ce sens qu'il est mal appliqué »⁸⁰⁶. Il suffit de noter les multiples entorses au principe relativisant de manière significative son importance. Pour autant, l'essence même de l'institution reste garantie. Il faut garder à l'esprit que la présomption d'innocence est une protection pour la personne mise en cause (1). Néanmoins, cette protection est parfois mise à mal (2).

1. Une protection pour la personne mise en cause

245.- Nul doute que la présomption d'innocence est une règle essentielle dans la recherche de la preuve. Elle couvre toute la procédure pénale : de la phase préparatoire à la phase du jugement. L'innocence étant présumée, c'est au poursuivant qu'il revient de renverser cette présomption⁸⁰⁷. Jusqu'à la preuve de culpabilité, la personne mise en cause bénéficie d'une protection : elle n'a pas à prouver qu'elle est innocente. Compte tenu de la présomption d'innocence, « une personne non définitivement condamnée doit être protégée contre toute

⁸⁰³ F. BOULAN, « La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaires de Grenoble 1993, p. 34.

⁸⁰⁴ L'article 9 énonce que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

⁸⁰⁵ L'article 11 énonce que « toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense auront été assurées ».

⁸⁰⁶ P.-H. BOLLE, « Origines et destin d'une institution menacée ; la présomption d'innocence », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 44.

⁸⁰⁷ M. VAN DE KERCHOVE, « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 4 et s ; R. LEGAIS, « Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges COUVRAT*, PUF, 2001, p. 259 et s.

constatation formelle de sa culpabilité sous quelque forme que ce soit »⁸⁰⁸. En l'absence de preuves suffisantes ou si un doute persiste sur sa participation à l'infraction, la personne mise en cause doit être lavée de tout soupçon. Dans la phase policière, ce droit protège donc la personne mise en cause : celle-ci peut librement décider de collaborer ou d'adopter un comportement passif. Cette liberté se trouve renforcée par la reconnaissance du droit au silence et celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁸⁰⁹ qui sont les manifestations externes de la présomption d'innocence.

246.- C'est lors de l'évaluation et de l'appréciation de la preuve par les juridictions internes que la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve d'une attention particulière quant au respect du principe de la présomption d'innocence⁸¹⁰. Elle a affirmé que « la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable à la culpabilité d'un prévenu, et notamment sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant, reflète le sentiment qu'il est coupable »⁸¹¹. L'autorité judiciaire ne saurait se départir de son impartialité⁸¹² en considérant la personne mise en cause comme coupable⁸¹³. La décision de culpabilité est subordonnée aux éléments de preuve rapportés devant le juge. Lorsque les éléments retenus à l'encontre de la personne mise en cause sont insuffisants pour établir sa culpabilité, la présomption d'innocence est méconnue si le juge la traite en coupable. A vrai dire, le droit à la présomption d'innocence « ne vaut que jusqu'à la décision qui permettra de renverser la présomption, les soupçons plausibles qui ont fait d'un innocent un présumé innocent, ayant été légalement et définitivement transformés en preuves de culpabilité »⁸¹⁴.

247.- Il n'appartient pas à l'autorité de jugement de combler le vide de preuve laissé par l'autorité chargée de renverser la présomption d'innocence. Si c'est le cas, les autorités de poursuite et de jugement auraient un objectif commun : entrer en condamnation à n'importe quel prix. Une « condamnation est injuste quand le prévenu n'a pas bénéficié de la

⁸⁰⁸ F. BOULAN, « La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaires de Grenoble 1993, n° 35, p. 37.

⁸⁰⁹ CEDH, 21 déc. 2000, Heaney et Mc Guinness c/ Irlande, et Quinn c/ Irlande, *JCP* 2001, I, 291, obs. F. SUDRE.

⁸¹⁰ D. SPIELMAN, « Procès équitable et présomption d'innocence », *RTDH* 1995, p. 657.

⁸¹¹ CEDH, 25 mars 1983, Minelli c/ Suisse, Série A n° 62, p. 18.

⁸¹² M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53 ; J.-F. RENUCCI, « Chronique internationale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 877.

⁸¹³ CEDH, 22 avr. 2010, Chesne c/ France, *D.* 2010, p. 1215.

⁸¹⁴ F. MASSIAS, « Chronique internationale », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 408.

présomption d'innocence »⁸¹⁵. Cette position est un puissant moyen de lutter contre l'erreur judiciaire en évitant les décisions arbitraires. La décision judiciaire ne doit arriver à une condamnation que sur la base de preuves fortes aux yeux de la loi pour établir la culpabilité⁸¹⁶. Le juge ne peut condamner que si l'accusation a réussi à prouver, en sa présence, que la personne mise en cause est coupable. Elle empêche ainsi le juge de partir de l'idée préconçue que cette personne a commis l'acte incriminé⁸¹⁷. Il en résulte que toute solution tendant à refléter le sentiment que la personne est coupable constitue une violation caractérisée de cette présomption d'innocence⁸¹⁸. Cette exigence ne s'impose pas seulement au juge ou au tribunal, mais aussi aux autres autorités publiques⁸¹⁹.

248.- Il est reconnu aux autorités le droit de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours⁸²⁰, mais il est interdit à un ministre de désigner comme coupable la personne venant d'être arrêtée. Le champ d'application de la présomption d'innocence ne se limite pas au seul procès pénal, bien évidemment, il s'étend au-delà du procès pénal. Tout membre d'une autorité publique doit s'abstenir à traiter une personne comme coupable avant que sa culpabilité soit légalement établie⁸²¹. Seule une décision de condamnation devenue définitive renverse la présomption d'innocence⁸²². L'information au public doit donc se faire avec toute la discrétion et la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence. Cette exigence est parfois malmenée par le traitement médiatique d'une affaire⁸²³.

⁸¹⁵ P.-H. BOLLE, « Origines et destin d'une institution menacée ; La présomption d'innocence », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 51.

⁸¹⁶ CEDH, 6 déc. 1988, Barbera, Messegué et Jabardo, Série A, n° 146, p. 33.

⁸¹⁷ Comm. EDH, D 9037/ 80, 5 mai 1981, X. c/ Suisse, p. 222 ; Comm. EDH, D 7950/ 77, 4 mars 1980, X., Y., Z. c/ Autriche, DR 19, p. 221.

⁸¹⁸ A. BUCHET, « La présomption d'innocence au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La présomption d'innocence en droit comparé*, Société de législation comparée, 1998, p. 27.

⁸¹⁹ Comm. EDH, 3 déc. 1978, Pétra Krause c/ Suisse, DR, 13, 73.

⁸²⁰ Article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

⁸²¹ CEDH, 10 févr. 1995, Allenet de Ribemont c/ France, Série A, n° 308 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 485, obs. R. KOERING-JOULIN ; *Rev. sc. crim.* 1995, p. 639, obs. L.-E. PETTITI ; *RTDH* 1995, 657, comm. D. SPIELMAN ; *JCP* 1996, I, 4000, obs. F. SUDRE ; *AFDI* 1995, 485, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1996, 211, obs. E. DECAUX.

⁸²² Article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'homme et article préliminaire du Code de procédure pénale.

⁸²³ La révélation d'informations par de policiers est devenue monnaie courante. Or, la présomption d'innocence est indissolublement liée au secret, un secret systématiquement bafoué au nom de la liberté d'expression. L'apparition des éléments d'enquête sur la place publique exige une certaine prudence dans le traitement des dossiers. La libre communication des informations trouve sa limite notamment dans la présentation au public d'une personne comme coupable au cours d'une enquête ou une instruction. Il serait parfaitement souhaitable d'exiger que l'information au public soit accompagnée d'un rappel systématique selon lequel toute personne mise en cause, c'est-à-dire nommément citée dans ces affaires est présumée innocente. Cette précision induit qu'elle ne peut être traitée comme coupable tant qu'une décision de culpabilité n'a légalement été établie.

La nécessaire préservation de la présomption d'innocence se trouve parfois mise à mal par la liberté d'expression, également garantie par la Convention européenne⁸²⁴. Le conflit entre la présomption d'innocence et la liberté de la presse est souvent tranché, par la Cour européenne des droits de l'homme, en faveur de la liberté de la presse⁸²⁵. Parfois, il arrive que la Cour européenne des droits admette la violation par un journaliste de la présomption d'innocence⁸²⁶. Dans ce cas, l'atteinte à la liberté d'expression se trouve justifiée par la protection des personnes mises en causes et de leur présomption d'innocence⁸²⁷. Pour autant, celle-ci n'est pas un principe intangible.

2. La relativité de la présomption d'innocence

249.- La présomption d'innocence est évidemment loin de constituer un principe absolu. La privation de liberté avant jugement est un exemple parmi d'autres de la relativité de l'institution⁸²⁸. Même assortie d'un encadrement rigoureux, la garde à vue et surtout la détention provisoire font figure de « négation totale de la présomption d'innocence »⁸²⁹. Toute personne présumée innocente ne peut subir aucune mesure coercitive avant toute déclaration de culpabilité. Pourtant, une personne mise en cause peut être privée de sa liberté le temps de l'enquête et de l'instruction ou en attente du jugement. Cela pose le problème de la durée de la mesure. Cette mesure fait dès lors présumer la culpabilité de la personne⁸³⁰, et prévaut le sentiment pour la personne d'être condamnée d'avance. En effet, une mesure privative de liberté est parfois perçue comme une déclaration de culpabilité. Il n'est alors pas étonnant, qu'aux yeux de l'opinion publique, un non-lieu constitue une erreur judiciaire. *De facto*, la présomption d'innocence ne bénéficie qu'à un « suspect inconnu d'une infraction inconnue faisant l'objet d'une procédure également inconnue et ce jusqu'à un procès demeurant lui-même confidentiel, ou quasiment »⁸³¹.

⁸²⁴ Article 10 de la Convention européenne.

⁸²⁵ CEDH, 3 oct. 2000, Du Roy et Malaurie c/ France, *JCP* 2001, I, 291, obs. F. SUDRE.

⁸²⁶ CEDH, 29 août 1997, Worm c/ Autriche, *JDI* 1998, 214, obs. S. BARBIER ; *RTDH* 1998, 609, note A. BERTHE.

⁸²⁷ CEDH, 24 nov. 2005, Tourancheau et July c/ France, *JCP* 2006, I, 109, obs. F. SUDRE.

⁸²⁸ J. PRADEL, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 7 et s.

⁸²⁹ P. MATHONNET, « La présomption d'innocence en droit comparé ; Colloque organisé par le centre français de droit comparé et le ministère de la justice », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 847.

⁸³⁰ J. PRADEL, « La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », in *Mélanges ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 614.

⁸³¹ J.-J. MINET, « En finir avec la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 1994, 2, doct. p. 1366.

250.- Par ailleurs, la fragilisation de la présomption d'innocence résulte du progrès scientifique. L'introduction de la science dans la procédure pénale est devenue un formidable moyen de contourner ce principe. La preuve de la culpabilité peut être « arrachée du corps de la personne poursuivie »⁸³². L'analyse ADN tend peu à peu à devenir « la reine des preuves » faisant ainsi présumer la culpabilité de la personne mise en cause⁸³³. C'est donc pour faciliter le recueil des éléments de preuve que la présomption d'innocence se trouve égratignée. Ses manifestations externes se cantonnent à la seule parole prononcée. Le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne s'étendent pas au corps de la personne⁸³⁴, et le juge rencontre de difficultés pour faire jouer son intime conviction. Il en résulte que la science probatoire ne porte pas seulement atteinte à la présomption d'innocence, mais aussi bouleverse les règles du procès pénal. Si, en théorie, la personne mise en cause est présumée innocente, en réalité, face à une preuve aussi décisive, elle est tenue de démontrer son innocence.

251.- Lorsque le renversement de la charge de la preuve est prévu par la loi, la présomption de culpabilité apparaît comme l'accessoire de la présomption d'innocence⁸³⁵. Elle facilite la tâche de la police judiciaire dans les cas où la culpabilité est vraisemblable⁸³⁶. C'est donc l'intérêt des investigations qui conduit la plupart des Etats à renverser le fardeau de la preuve⁸³⁷. La Cour européenne des droits de l'homme l'a admise. Sous prétexte que « tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit », elle énonce que « la Convention n'y met pas obstacle en principe, mais en matière pénale, elle oblige les Etats contractants à ne pas dépasser des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »⁸³⁸. Il faut voir là l'aboutissement d'un mouvement initié par les Conventions internationales⁸³⁹. La Cour européenne des droits de

⁸³² H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve ; Aspects actuels en France », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 29.

⁸³³ V. *infra* n° 631 et s.

⁸³⁴ CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, *Rev. sc. crim.* 1997, 478, obs. R. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 18, obs. F. SUDRE ; *AJDA* 1997, 979, obs. FLAUSS ; *RGDP* 1998, 243, obs. FLAUSS.

⁸³⁵ P. MATHONNET, « La présomption d'innocence en droit comparé ; Colloque organisé par le centre français de droit comparé et le ministère de la justice », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 847.

⁸³⁶ Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *JO* 19 juin 1999, p. 9018. J.-P.

⁸³⁷ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 191, p. 252 et s.

⁸³⁸ CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, Série A, n° 141, p. 16 ; CEDH, 25 sept. 1992, *Pham Hoang c/ France*, *JCP* 1993, I, 3654, obs. F. SUDRE.

⁸³⁹ L'article 5 ch. 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotiques prévoit que « Chaque partie peut envisager de renverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine licite des produits présumés ou autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où

l'homme s'est donc rangée à cette position. Elle n'a pas voulu entrer en conflit avec ces Conventions internationales. De toute façon, il aurait été contradictoire que les conventions liant les Etats autorisent le renversement de la charge de la preuve et que la Cour européenne des droits de l'homme le proscrive. Pour cette raison, elle l'a assortie de timides conditions, d'une importance toute relative⁸⁴⁰. Il est avancé que « si la référence aux droits de la défense, qui incluent la présomption d'innocence, est rassurante, même si elle s'apparente à une clause de style, celle à la gravité de l'enjeu est plus inquiétante, car elle laisse entendre que la Cour se montre plus compréhensive dans des affaires importantes, où les prévenus sont passibles de lourdes peines et où, justement, il se justifie de se montrer particulièrement circonspect quant à la sauvegarde des droits de l'Homme »⁸⁴¹. En dépit de la relativisation de la présomption d'innocence, l'équité procédurale implique le droit pour toute personne mise en cause de se défendre.

B. Le droit de se défendre

252.- Il faut garder présent à l'esprit que, même présumée innocente, la personne mise en cause bénéficie de certains droits pour faire entendre sa voix. Les droits de la défense se révèlent d'une nécessité cruciale puisqu'ils constituent une composante majeure de l'équité procédurale. C'est l'idée que tout au long de la procédure, la personne mise en cause doit faire entendre sa défense. De la sorte, les droits de la défense compensent le déséquilibre constaté entre la personne mise en cause et l'autorité chargée de recueillir la preuve. La défense pénale doit pouvoir faire l'objet d'une organisation. Pour ce faire, la personne mise en cause doit effectivement prendre connaissance des reproches qui lui sont faits (1). Aussi, elle a la possibilité d'auditionner contradictoirement des témoins (2).

1. La connaissance de l'accusation

253.- Aux termes de l'article 6 § 3 a de la Convention européenne, tout mis en cause a droit « d'être informé dans le plus court délai dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». Dès que la personne

cela est conforme aux principes de son droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures ».

⁸⁴⁰ G. JUNOSZA-ZDROJEWSKI, « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité », *Gaz. Pal.* 25-27 juin 1989, chron. p. 4 et s.

⁸⁴¹ P.-H. BOLLE, « Origines et destin d'une institution menacée ; La présomption d'innocence », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p.50.

est placée sous main de la police, elle doit être avertie des raisons de son arrestation⁸⁴². La police judiciaire est obligée de lui indiquer les soupçons pesant sur elle. Il est hors de question que la personne mise en cause se trouve dans l'incertitude. Elle se doute qu'elle est soupçonnée de participation à l'infraction⁸⁴³. La police judiciaire est donc tenue de lui annoncer qu'une « suspicion légitime »⁸⁴⁴ pèse sur elle. A partir de ce moment, la défense peut s'organiser.

Bien au-delà d'une simple information, la Cour européenne des droits de l'homme pose le « droit d'être informé non seulement de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits matériels qui sont mis à sa charge et ce, d'une manière détaillée »⁸⁴⁵. De cette précision en faveur de la personne mise en cause, le droit interne impose ce respect dès le placement en garde à vue⁸⁴⁶. C'est lors de l'audition que la personne mise en cause se trouve en mesure de se défendre en avançant ses arguments. Ce qui compte, c'est le degré d'exactitude et de précision de la personne mise en cause pour combattre les éléments la mettant en cause.

254.- Il est évident que si la police judiciaire doit informer la personne mise en cause des faits qui lui sont reprochés, elle ne peut appréhender n'importe qui, mais bien la personne sur laquelle pèse certains soupçons. Toutefois, l'efficacité de la défense est limitée au cours de l'enquête de police. Sauf exceptions⁸⁴⁷, le mis en cause n'a pas accès au dossier et la police judiciaire n'est pas tenue de livrer tous les détails de l'enquête. C'est seulement lorsqu'une

⁸⁴² CEDH, 19 déc. 1989, Kamasinski c/ Autriche, Série A, n° 168 ; *RTDH* 1991, 217, obs. J. CALLEWAERT.

⁸⁴³ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005, p. 133 : « il ne suffit pas que le suspect sache qu'il est soupçonné de quelque chose. En général, il s'en doute fort bien, par l'effet même de l'intérêt que lui portent les forces de l'ordre ou le juge ».

⁸⁴⁴ F. DEFFERRARD, *La suspicion légitime*, Biblio. Droit privé, t. 332, L.G.D.J., 2000 ; « Le crime et le soupçon ; Réflexion sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », *D.* 2001, chron. p. 2692.

⁸⁴⁵ CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, *JCP G* 1999, I, n° 105, obs. F. SUDRE ; *D.* 2000, 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, 281, obs. G. FLECHEUX et TH. MASSIS ; *Procédures* juil. 1999, n° 186, obs. J. BUISSON ; *JDI* 2000, 104, obs. M. BENNILOUCHE ; CEDH, 19 déc. 1989, Brozicek c/ Italie, Série A, n° 167.

⁸⁴⁶ Par exemple, l'article 63-1 du Code de procédure pénale français précise que toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans la langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrites, notamment de la nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre. V. aussi l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui prévoit que toute personne suspecte ou poursuivie a le droit « d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ».

⁸⁴⁷ En matière de garde à vue, l'avocat a accès à certaines pièces de la procédure, non à l'entier dossier de la procédure et l'autorité judiciaire dispose du droit de différer cet accès : articles 63-4-1 et suivants du Code de procédure pénale.

information judiciaire est ouverte que le droit à l'information devient effectif⁸⁴⁸. L'accès au dossier permet au mis en cause de prendre connaissance de tous les éléments de l'accusation. La signification des droits de la défense prend tout son sens. Le mis en cause peut participer à la recherche de la preuve en exigeant de l'autorité certains actes⁸⁴⁹. En résumé, l'importance de l'information dépend du degré des investigations. La transformation progressive de la suspicion légitime en indice de culpabilité a pour corollaire la transformation de la connaissance effective de la suspicion en un véritable droit d'agir⁸⁵⁰.

255.- L'effectivité de l'information est liée à sa compréhension. Une défense « ne peut être efficace que lorsque la personne mise en cause sait ce dont elle est accusée »⁸⁵¹. Il ne suffit pas pour la police judiciaire d'informer la personne, mais elle doit également s'attacher à sa bonne assimilation. Lorsque la personne mise en cause ne parle pas la langue du pays, le droit d'être informé de l'accusation n'est rempli que si l'information a été faite dans une langue compréhensible pour la personne⁸⁵². Sans cette compréhension, ladite personne ne peut se défendre. La police judiciaire ne saurait se justifier par le fait qu'elle ne parle pas la langue de la personne mise en cause. D'ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit le droit pour tout accusé de « se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience »⁸⁵³. Même si cette disposition ne semble s'appliquer qu'au cours du procès pénal, elle s'étend, en réalité, à tous les actes de

⁸⁴⁸ L'article 114, alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que « la procédure est mise à leur disposition quatre jours ouvrables au plus tard avant chaque interrogatoire de la personne mise en examen ou chaque audition de la partie civile. Après la première comparution de la personne mise en examen ou la première audition de la partie civile, la procédure est également mise à tout moment à la disposition des avocats durant les jours ouvrables, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction ».

⁸⁴⁹ L'article 82-1 du Code de procédure pénale dispose que « les parties peuvent, au cours de l'information, saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité ». L'article 156 du Code de procédure pénale dispose que « toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise ». En fin, l'article 167 du Code de procédure pénale dispose que « le juge d'instruction donne connaissance des conclusions des experts aux parties et à leurs avocats après les avoir convoqués conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Il leur donne également connaissance, s'il y a lieu, des conclusions des rapports des personnes requises en application des articles 60 et 77-1, lorsqu'il n'a pas été fait application des dispositions du quatrième alinéa de l'article 60 ».

⁸⁵⁰ J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès ; Essai d'un bilan », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p.229.

⁸⁵¹ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^e me éd., Dalloz, 2009, n° 356, p. 396.

⁸⁵² J.-P. BROUILLAUD, « Quelques remarques sur l'évaluation et la compréhension de la langue française par l'individu poursuivi pénalement », *Gaz. Pal.* 10 avr. 2008.

⁸⁵³ Article 6 § 3 e de la Convention européenne des droits de l'homme.

la procédure⁸⁵⁴ que « l'accusé doit être à même de comprendre afin de réfuter les arguments de l'accusation »⁸⁵⁵. C'est bien entendu le savoir légitime de la suspicion qui déclenche les droits de la défense. Ce savoir est en réalité la condition indispensable du droit de se défendre⁸⁵⁶. Il n'est pas étonnant que le droit de savoir constitue un droit substantiel assurant une véritable défense pénale. Tel est également le cas de la discussion contradictoire.

2. L'audition contradictoire des témoins

256.- Il ne suffit pas pour la personne mise en cause de connaître les reproches formulés à son encontre, encore faut-il connaître l'accusateur. Il est indispensable de discuter les éléments de preuve en confrontant l'accusation et la personne mise en cause. L'accusation n'est crédible que lorsqu'elle parvient à dissiper tout ou partie des doutes pesant sur ses affirmations. La méfiance doit guider toute la procédure dès lors que les reproches des faits reposent « sur une preuve, mais une preuve fragile qui pourra toujours être questionnée »⁸⁵⁷. La vision globale de la Convention européenne des droits de l'homme est de permettre à toute personne de participer à la recherche de la preuve, à moins qu'elle décide, en pleine connaissance de cause, d'y renoncer. Pour s'en tenir à ce droit, l'article 6 § 3 d de la Convention européenne énonce que tout accusé a le droit « d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation de l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

257.- La Cour européenne des droits de l'homme a interprété la notion de témoin de manière autonome, ce qui est « susceptible de s'écarter des qualifications adoptées en droit interne »⁸⁵⁸. Le statut de témoin a été reconnu à un policier infiltré dans un réseau criminel⁸⁵⁹, à un expert⁸⁶⁰, à la partie civile⁸⁶¹ et à un co-inculpé⁸⁶². Le témoin peut déposer en faveur ou

⁸⁵⁴ CEDH, 10 mars 1980, Luedicke, Belkacem et Koc c/ Allemagne, Série A, n° 32.

⁸⁵⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 472, p. 401.

⁸⁵⁶ J. PRADEL, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès ; Essai d'un bilan », in *Mélanges LARGUIER*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 229 : « si le législateur (et subsidiairement le juge) a organisé un droit de savoir pour le défenseur et à moindre degré pour le délinquant lui-même, c'est évidemment à des fins utilitaires : l'exercice de droits implique une possibilité d'agir. C'est en connaissant un dossier qu'une action procédurale est possible. Le droit de savoir va de pair avec le droit d'agir et il est la condition du droit d'agir ».

⁸⁵⁷ F. DEFFERRARD, « Le crime et le soupçon ; Réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », *D.* 2001, chron. p. 2692.

⁸⁵⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 11.

⁸⁵⁹ CEDH, 15 juin 1992, Ludi c/ Suisse, Série A, n° 238 ; *RTDH* 1993, 167, obs. F. SUDRE et 313, obs. C. DE VALKENEER ; *JDI* 1993, 733, obs. E. DECAUX et P. TAVERNIER.

⁸⁶⁰ CEDH, 6 mai 1985, Bosnich c/ Autriche, Série A, n° 92, § 32.

en défaveur de la personne mise en cause. Il n'est pas admis que l'on puisse privilégier une partie par rapport à une autre. L'égal traitement de toutes les parties au procès constitue le principal objectif dont dépend l'équité procédurale. On comprend fort bien l'importance de la discussion contradictoire des éléments de preuve⁸⁶³. Le témoin qui est là, en principe, pour servir la cause d'une partie, peut se révéler d'une aide non négligeable pour l'autre partie. Celle-ci va utiliser toutes les failles de ce témoignage et seule une confrontation contradictoirement sérieuse est de nature à garantir l'équité procédurale. L'objet de cette confrontation est de montrer les incohérences, la faillibilité du témoignage.

Au stade de l'enquête de police, il n'existe pas de véritable confrontation, si ce n'est une audition par un policier de la personne mise en cause. Le premier confronte au second les éléments de preuve dont il dispose, à charge pour la personne mise en cause de se justifier. La contradiction n'est pas applicable au stade de l'enquête. La raison en est que « l'accusation est en gestation, les premières investigations en cours, parfois dans l'urgence » justifie que « le principe du contradictoire ne soit pas pleinement respecté »⁸⁶⁴. Saisi d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a écarté le grief d'inconstitutionnalité, affirmant que le principe du contradictoire ne s'applique pas pleinement au cours de la phase non juridictionnelle de la procédure pénale⁸⁶⁵. Au stade de l'enquête, la police judiciaire a pour mission de recueillir tous les éléments nécessaires pour emporter sa conviction.

258.- La protection du témoin est liée à la qualité du mis en cause. L'existence d'une suspicion légitime rend vraisemblable l'audition séparée du témoin et du mis en cause. A ce stade, le policier fait écran entre le témoin et le mis en cause. Cette situation peut paraître inconfortable pour ce dernier lorsqu'il s'avère que le témoin le connaît alors que le mis en cause n'a pas le droit de le connaître. Il peut alors se faire une opinion sur le témoin. Ce soupçon sur un éventuel témoin peut avoir de conséquences. Le risque de pression sur le témoin n'est pas à écarter, même au stade de l'enquête de police⁸⁶⁶. Alors que dans le système de Common law, notamment aux Etats-Unis, la contradiction s'applique dès la phase policière

⁸⁶¹ CEDH, 7 juil. 1989, *Bricmont c/ Belgique*, Série A, n° 158, § 44-45.

⁸⁶² CEDH, 27 févr. 2001, *Luca c/ Italie*, Série A, n° 43.

⁸⁶³ P. NICOLOPOULOS, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 1 et s.

⁸⁶⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 2^{ème} éd., Economica, 2012, n° 2594, p. 1688.

⁸⁶⁵ Cons. const. 23 août 2011, QPC n° 2011/191/194/195/196/197.

⁸⁶⁶ J. PRADEL, « La protection du témoin contre les pressions », *RI crim. et pol. techn.* 1996, p. 160.

et une réelle confrontation entre l'accusation et le mis en cause est organisée. Le témoin, surtout celui qui prête serment, est systématiquement interrogé par les deux parties. De ce fait, il est tenu, lors de l'audience, de réitérer ses déclarations soigneusement consignées dans un procès-verbal. Il n'est plus possible de changer de version. Le moindre écart entre ses déclarations avant l'audience et celles tenues à l'audience lui sont immédiatement rappelées. Pour éviter des poursuites pour parjure, la déposition initiale du témoin le guide tout au long du procès⁸⁶⁷.

259.- Il peut exister des situations dans lesquelles le témoin souhaite déposer tout en gardant l'anonymat⁸⁶⁸. L'anonymisation du témoignage peut-il respecter la contradiction ? Il est évident qu'une véritable confrontation exige la présence du témoin en face de la personne mise en cause. Cela permet un véritable contradictoire.

La Convention européenne des droits de l'homme fait mention de la possibilité pour l'accusé d'interroger ou de faire interroger des témoins. L'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme tend à concilier le principe de contradictoire et la protection des témoins. Parce que leur vie et celle de leurs proches sont menacées, certaines personnes préfèrent se taire que de parler au risque de représailles. Or, elles se révèlent d'une aide précieuse pour l'autorité chargée de rechercher la preuve. Pour permettre à ces personnes de rompre la loi du silence, sans risquer des intimidations, la Cour européenne des droits de l'homme admet le témoignage anonyme puisqu'elle affirme que « les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Il n'en résulte pas pour autant que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire ou en public pour servir de preuve, en particulier, cela peut se révéler impossible dans certains cas (...). En règle générale, l'article 6 commande d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard »⁸⁶⁹. A cet égard, Messieurs PRADEL, CORSTENS et VERMEULEN estiment que le principe du contradictoire est quelque peu malmené⁸⁷⁰. En réalité, la Cour européenne des droits de l'homme adapte le contradictoire au regard de l'évolution de la

⁸⁶⁷ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 289, p. 339 et s.

⁸⁶⁸ V. *infra* n° 384 et s.

⁸⁶⁹ CEDH, 20 nov. 1989, *Kotovski c/ Pays-Bas*, Série A, n° 166 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 388, obs. L.-E. PETTITI, p. 388 ; *AFDI* 1991, 602, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *RTDH* 1990, 267, obs. J. CALLEWAERT ; *Dr.pén.* 1990, comm. 143, obs. A. MARON ; *JDI* 1990, 738, obs. P. ROLLAND ; CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 484, obs. R. KOERING-JOULIN.

⁸⁷⁰ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 359, p. 406.

criminalité. Il faut que « la connaissance des éléments de preuve par la personne poursuivie ne s'en trouve pas restreinte et que demeure la possibilité du débat contradictoire à leur sujet »⁸⁷¹.

L'idée qui prévaut est celle pour la personne mise en cause de pouvoir s'en défendre⁸⁷². La bonne administration de la défense se trouve garantie par la possibilité offerte à la personne mise en cause d'être à un moment ou un autre confrontée au témoin anonyme⁸⁷³. Il est à noter que les dispositifs techniques peuvent être pris pour assurer une confrontation contradictoirement sérieuse⁸⁷⁴. Le témoin anonyme est présent⁸⁷⁵, confronté à l'accusé, tout en ayant une voix modifiée et son visage caché⁸⁷⁶.

260.- La Cour européenne des droits de l'homme fait œuvre d'interprétation de la Convention de façon pragmatique. Elle tente de maintenir un équilibre entre l'intérêt de l'enquête et la protection des droits et libertés des individus. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme est de s'assurer que les atteintes autorisées ne conduisent pas à des abus. Il n'est pas étonnant que l'intrusion des Etats dans les droits substantiels des individus soit pondérée.

§2. La pondération de l'intrusion des Etats dans les droits substantiels des individus

261.- Le mécanisme mis en place par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a pour objet de satisfaire une double exigence : l'alinéa premier de l'article 8 garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale ainsi que celui de son domicile et sa correspondance⁸⁷⁷. Cependant, les restrictions à l'usage de ces droits sont possibles. L'alinéa 2 organise une intrusion étatique dans les droits substantiels des

⁸⁷¹ R. LEGAIS, « Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges COUVRAT*, PUF, 2001, p. 272.

⁸⁷² J. PRADEL, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, p. 5.

⁸⁷³ J. CALLEWAERT, « Témoignages anonymes et droits de la défense », *RTDH* 1990, p. 270 et s.

⁸⁷⁴ CEDH, 23. Avr. 1997, Van Mechelen c/ Pays-Bas, *JCP* 1998, I, 107, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 1998, 158, obs. J. DE CODT.

⁸⁷⁵ La présence physique du témoin est essentielle. La crédibilité de ses déclarations se trouve renforcée par son comportement. Ce qui est pris en compte, c'est la qualité du témoignage. En fin de compte la confrontation contradictoire place le témoin à un moment du procès au centre de tous les intérêts. Ses agissements sont d'essence à aider à la manifestation de la vérité en corroborant les éléments de preuve à la disposition de l'autorité chargée de recueillir la preuve. Lorsque le cas contraire se produit, c'est-à-dire la confrontation établit la fausseté des déclarations, l'accusation se trouve fragilisée. Les effets produits sont considérables ; la preuve d'un témoignage erroné devient une « preuve positive de non culpabilité ».

⁸⁷⁶ Article 706-61 du Code de procédure pénale.

⁸⁷⁷ L'alinéa 1^{er} de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme énonce que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

individus⁸⁷⁸. Il s'agit d'assurer aux autorités d'enquête « des moyens d'investigation larges et puissants afin que la constatation et la répression des infractions s'effectuent avec la rapidité, l'efficacité et l'exactitude désirables »⁸⁷⁹. Le double impératif de l'investigation et des libertés individuelles impose la recherche d'un équilibre, sans prééminence du premier sur le second. Or, il est tentant pour les Etats de privilégier la nécessité probatoire au détriment des droits garantis par la Convention européenne. L'énumération limitative des atteintes conduit à un encadrement de l'intrusion (A), nécessaire à la légitimation des mesures d'investigation secrètes (B).

A. L'encadrement de l'intrusion des Etats

262.- Les exceptions contenues dans les dispositions de l'article 8 de la Convention européenne ne laissent pour autant pas à un Etat une large marge de manœuvre conduisant à méconnaître les garanties conférées aux individus. Mais il est vrai que l'ingérence étatique est admise et il incombe à la Cour européenne des droits de l'homme de vérifier si les conditions justifiant l'acte d'ingérence d'un Etat sont remplies. Compte tenu de la prééminence du droit, « un Etat peut porter atteinte à ces droits, mais les atteintes ne doivent pas être abusives. Les garanties procédurales ont pour fonction d'empêcher ces abus »⁸⁸⁰. A vrai dire, toute intrusion doit être justifiée. La Cour européenne des droits de l'homme se réserve le droit d'élever un peu plus le niveau de protection des droits fondamentaux⁸⁸¹. Si l'on se réfère au texte même de la Convention européenne et à l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme, le recours à une mesure intrusive telle qu'une mesure d'investigation secrète n'est possible que si elle est prévue par une loi d'une précision particulière (1) répondant à la réalisation d'un besoin social impérieux (2) et nécessaire dans une société démocratique (3).

⁸⁷⁸ L'alinéa 2 du même article précise que « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁸⁷⁹ J. PATARIN, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *L'autonomie du droit pénal*, G. STEFANI (dir.), Dalloz, 1956, p. 7.

⁸⁸⁰ F. BOULAN, « La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaire de Grenoble, 1993, p. 23.

⁸⁸¹ J.-P. MARGUENAUD, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, chron. p. 252.

1. La légalité de la mesure intrusive

263.- Il va de soi que le principe légaliste constitue un principe fondamental dans un Etat de droit. A l'inverse de la légalité criminelle dans laquelle tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, la légalité probatoire se traduit par la règle selon laquelle tout ce qui n'est pas autorisé est interdit. Il appartient donc au droit national de donner une base légale à cette intrusion étatique dans les droits des individus. La justification de l'ingérence ne saurait se faire par une interprétation extensive de la loi. De la sorte, la mesure doit être d'une particulière précision. En l'absence d'une affirmation expresse, le recours à une mesure d'investigation secrète constitue une ingérence injustifiée.

264.- La Cour européenne des droits de l'homme a dû prendre en compte la différence d'approche du principe légaliste au sein des ordres des Etats. La coexistence de deux systèmes juridiques (droit Continental et droit de Common law) a favorisé une adaptation de la légalité. Le terme loi englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit⁸⁸² lui « permettant de dégager un régime commun d'exercice des droits et libertés en Europe »⁸⁸³. La base légale s'entend *lato sensu* : il suffit d'une base juridique suffisante peu importe la forme⁸⁸⁴. Cette interprétation de la légalité au sens matériel permet à la jurisprudence de jouer un rôle non négligeable. Il lui est explicitement reconnu le droit de créer la règle de droit par une interprétation large de la loi. Toutefois, ce rôle créateur trouve sa limite dans la protection des droits des individus. C'est le champ d'application large des garanties conférées à ces derniers qui légitime les pouvoirs de la jurisprudence. La compensation par la jurisprudence du défaut d'une loi formelle doit se faire en accordant à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire. La Cour européenne des droits de l'homme privilégie les conditions qualitatives de la loi, ce qui justifie l'acceptation comme loi de l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, jurisprudentiel⁸⁸⁵ ou réglementaire⁸⁸⁶.

Pour être conforme à la Convention européenne, la base légale doit répondre à une double exigence : celle de l'accessibilité et celle de sa prévisibilité⁸⁸⁷.

⁸⁸² CEDH, 30 mars 1989, Chappell c/ Royaume-Uni, Série A, n° 152-A.

⁸⁸³ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011, p. 52.

⁸⁸⁴ CEDH, 19 déc. 1994, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c/ Autriche, Série A, n° 302.

⁸⁸⁵ CEDH, 24 avr. 1990, Série A, n° 176-A ; D. 1990, chron. 187, R. KOERING-JOULIN ; RUDH 1990, 195, note G. COHEN-JONATHAN ; JDI 1991, 786, obs. E. DECAUX.

⁸⁸⁶ CEDH, 25 févr. 1992, Anderson c/ Suède, Série A, n° 226.

⁸⁸⁷ CEDH, 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, Série A, n° 30.

265.- L'accessibilité de la norme exige que le « citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »⁸⁸⁸. En droit interne, la publication suffisante assurée à la norme en cause suffit à satisfaire la condition d'accessibilité⁸⁸⁹. *De facto*, la Cour européenne des droits de l'homme ne fait que réaffirmer la maxime interne selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Elle fait présumer de façon irréfragable la connaissance de la loi dès sa publication officielle. Il incombe à la personne concernée de prendre connaissance de la loi. Néanmoins, cette règle s'avère d'une application difficile en droit interne. Non seulement elle ne peut se justifier qu'à l'égard des praticiens du droit et non à l'égard du public en général, mais également l'inflation des textes législatifs conduit à l'inadaptation du critère d'accessibilité à la situation. Il n'est pas étonnant que les praticiens du droit ignorent eux-aussi, parfois, l'existence d'une norme législative même publiée. L'accessibilité n'est en réalité réservée qu'aux professionnels. C'est le rôle de l'ensemble des acteurs de la justice de signaler aux citoyens l'existence de la norme applicable. Car ils se révèlent en premier lieu être les premiers intéressés par la norme juridique.

266.- Aussi, la loi doit répondre à l'exigence de prévisibilité. La norme doit être énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. L'individu doit ainsi être mis en mesure de prévoir les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé⁸⁹⁰. La prévisibilité implique d'abord la clarté. La mesure devant être prévue de manière claire de telle sorte que la personne soumise à l'ingérence ne soit pas surprise. Elle sait à l'avance ce qui est défendu et la possibilité d'une mesure intrusive à laquelle elle s'expose⁸⁹¹. Cette exigence redonne à la légalité la place qui est la sienne. La prévisibilité de la norme est la condition *sine qua non* de sa conformité à la Convention européenne des droits de l'homme. Une mesure d'investigation secrète qui n'est pas prévue de manière précise ne peut être admise. La Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle d'une rigueur considérable. Elle interdit une interprétation extensive de la norme juridique pour justifier la mesure. Il reste pour les Etats, s'ils veulent légitimer une mesure d'investigation secrète, de

⁸⁸⁸ CEDH, 25 mars 1983, *Silver c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 61. V. aussi *Sunday Times*, § 49.

⁸⁸⁹ CEDH, 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, § 54.

⁸⁹⁰ CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 31, Rec., 1996, II, 483.

⁸⁹¹ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 378, p. 429 et s.

prendre une base légale claire et précise. Encore faut-il qu'elle réponde à un besoin social impérieux.

2. La réalisation d'un besoin social impérieux

267.- La préservation de la démocratie exige que toute ingérence réponde à un besoin impérieux. Sous couvert de la poursuite des buts légitimes, la conformité d'une mesure d'investigation secrète à la Convention européenne des droits de l'homme est subordonnée à sa justification à l'un des critères limitativement énumérés. Il s'agit de la sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique du pays, défense de l'ordre, prévention des infractions pénales, protection de la santé ou de la morale et protection des droits et libertés d'autrui⁸⁹². Les modalités de l'obtention de la preuve sont envisagées comme des ingérences. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme admet que « l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ou à la défense de l'ordre et à la prévention des inventions pénales »⁸⁹³. Il en résulte que la simple existence d'une base légale autorisant à intercepter des communications pour aider la police judiciaire à s'acquitter de ses tâches sert à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions⁸⁹⁴.

268.- Le recueil de la preuve par une technique de surveillance secrète est parfaitement conforme à la Convention européenne dès lors qu'elle est prévue par une loi d'une précision toute particulière⁸⁹⁵. De la sorte, la réalisation d'un besoin social serait systématiquement remplie. Le contrôle des buts légitimes de l'ingérence n'aurait plus lieu d'être dans la recherche de la preuve. La plupart des Etats ont prévu, dans leur législation, des mesures d'investigation policière secrètes pour leur faciliter la tâche dans la recherche de la preuve. Cela concerne une certaine catégorie d'infractions. Dès lors, cette exigence se révèle d'une importance moindre pour la légitimité d'une technique d'investigation secrète. Peu importe la mesure d'investigation secrète, l'ingérence serait injustifiée sur le fondement de l'absence

⁸⁹² Alinéa 2 de l'article 8 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁸⁹³ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass c/ Allemagne*, Série A, n° 82, *JDI* 1980, 463, obs. P. ROLLAND ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 183, p. 502 et s.

⁸⁹⁴ CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 82 ; *JDI* 1986, 1064, note P. TAVERNIER ; *Rev. sc. crim.* 1984, p. 145, obs. L.-E. PETTITI ; *AFDI* 1985, p. 393, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE.

⁸⁹⁵ R. LEGEAIS, « Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges COUV RAT*, PUF, 2001, p. 276.

d'une norme juridique et non pas parce qu'elle ne poursuit pas un but légitime. Il semble que le besoin social impérieux ne constitue pas une exigence indispensable à la justification de l'ingérence dans l'acquisition de la preuve. Outre la réalisation d'un besoin social impérieux de la mesure d'investigation secrète, il faut tenir compte de sa nécessité dans une société démocratique.

3. La nécessité de l'intrusion

269.- Nul doute que l'exigence de la nécessité intrusive implique un besoin social impérieux. En effet, pour être justifiée, la mesure d'investigation secrète doit être nécessaire à la réalisation des buts légitimes⁸⁹⁶. Etant donné que le besoin social impérieux se trouve rempli dès lors que l'intrusion reçoit une base légale, la nécessité joue un rôle primordial, ce qui permet à la Cour européenne des droits de l'homme d'exercer un véritable contrôle de conformité de la mesure à la Convention européenne.

270.- Il est effectivement classique de considérer qu'une telle intrusion dans les droits substantiels des individus ne saurait conduire les Etats à prendre n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée⁸⁹⁷. Ainsi, le déclenchement d'une mesure d'investigation secrète doit faire l'objet d'une justification. Les infractions pénales menacent l'ordre public. Les procédés d'investigation traditionnels se sont révélés d'une efficacité limitée. Parce que les malfaiteurs se servent également de nouvelles technologies des plus sophistiquées dans la préparation et la commission des infractions, il est devenu de plus en plus difficile pour la police judiciaire d'obtenir des preuves. Les mesures d'investigation secrètes, prises à l'encontre de ces individus, sont donc de nature à faciliter l'obtention de la preuve de l'infraction. Toutefois, une telle mesure, si elle est nécessaire dans une société démocratique, doit pour autant être « proportionnée au but légitime poursuivi »⁸⁹⁸. L'exigence d'un juste équilibre entre « l'intérêt général et les intérêts de l'individu doit être ménagée »⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ CEDH, 24 nov. 1986, *Gillow c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 109 : « la notion de nécessité implique un besoin social impérieux ».

⁸⁹⁷ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass c/ Allemagne*, Série A, n° 82 ; *JDI* 1980, 463, obs. P. ROLLAND ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Sirey, 2011, n° 183, p. 502 et s.

⁸⁹⁸ CEDH, 25 mars 1983, *Silver c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 61 ; *Gillow contre Royaume-Uni*, Série A ; n° 109 ; CEDH, *Leander c/ Suède*, Série A, n° 116, § 58.

⁸⁹⁹ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011, p. 78.

271.- Toutes les infractions ne portent pas à la société un préjudice égal⁹⁰⁰. Il semble dès lors que seules les infractions relevant d'une criminalité considérée comme grave doivent justifier l'ingérence. A travers cette précision, il devrait être considéré qu'il y a ingérence chaque fois qu'une infraction mineure est soumise à la mesure de surveillance secrète. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme semble laisser aux Etats une grande marge de manœuvre dans l'appréciation du critère de gravité⁹⁰¹. L'établissement en droit interne d'un quantum de peine assez faible suffit à justifier le principe de proportionnalité de l'ingérence à la réalisation du besoin social impérieux. Il va sans dire que la nécessité de l'ingérence, pour éviter tout danger d'arbitraire, n'est justifiée que si elle est accompagnée d'un nombre important de garanties et des droits accordés aux individus⁹⁰².

La loi doit « offrir des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter »⁹⁰³. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme s'octroie un pouvoir de contrôle considérable sur les garanties procédurales. En raison du caractère secret de la mesure d'investigation policière, la personne soumise à cette ingérence est dans l'ignorance totale de l'atteinte portée à ses droits. Des informations qu'elle révèle peuvent n'avoir aucun lien avec l'infraction. Pour cette raison, d'une part, la décision de la mise en œuvre d'une mesure d'investigation secrète ne peut appartenir qu'à un magistrat seul. D'autre part, la police judiciaire ne saurait transcrire que les informations utiles à la procédure. A la lumière de ces considérations, toute personne qui se prétend être victime directe ou indirecte d'une intrusion dans ses droits substantiels doit pouvoir bénéficier des garanties d'un contrôle efficace. C'est donc la prise en compte d'un ensemble d'exigences qui légitime les mesures d'investigation secrètes.

B. La légitimité des mesures d'investigation secrètes

272.- Les mesures d'investigation policière secrètes telles que les écoutes téléphoniques, la sonorisation mettent à mal l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme car elles constituent une ingérence particulièrement grave dans les droits substantiels des individus. Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme repose sur une double question : le constat de l'ingérence et sa nécessaire justification. Les conditions

⁹⁰⁰ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 78.

⁹⁰¹ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass c/ Allemagne*, Série A, n° 28, § 49 : « le législateur national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire. Elle (la Cour) n'a sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce qui pourrait être la meilleure politique en ce domaine ».

⁹⁰² F. BOULAN, « La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 32.

⁹⁰³ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 385, p. 436.

indispensables à la légitimation de ces intrusions sont marquées sous le sceau du cumul. Dès lors que l'une d'entre elles manque, la mesure est frappée d'ingérence injustifiée sans qu'il faille vérifier les autres conditions.

273.- Pour ce qui concerne l'existence d'une ingérence, la Cour européenne des droits de l'homme a depuis longtemps affirmé que « l'existence de lois et pratiques autorisant et instaurant un système de surveillance secrète des communications constitue en soi une telle ingérence, en dehors même de toute application effective »⁹⁰⁴. « Les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une loi d'une précision particulière »⁹⁰⁵. La prévisibilité revêt une importance singulière lorsque les écoutes ou la sonorisation, en l'absence d'une base légale claire et précise, se fonde(nt) sur une construction jurisprudentielle. Il en était ainsi en droit français.

274.- La jurisprudence s'obstinait à légitimer les écoutes par une interprétation des articles 81, 151 et 152 du Code de procédure pénale relatifs à la procédure d'instruction. Le raisonnement de la Chambre criminelle de la Cour de cassation était critiquable à raison des dispositions législatives vagues. Cette mesure n'était pas prévue par le législateur, de ce point de vue, l'exigence de prévisibilité faisait défaut. La Cour européenne des droits de l'homme, tout en constatant que les ingérences litigieuses avaient une base légale en droit français a néanmoins condamné le système français pour insuffisance de la qualité de la base légale⁹⁰⁶. Elle note ainsi que le dispositif français n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Puisque, rien ne définit les catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire, ni la nature des infractions pouvant y donner lieu ; rien n'astreint le juge à fixer une limite à la durée de l'exécution de la mesure. A la suite de la condamnation de la France, le législateur a adopté la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications pour réglementer les écoutes téléphoniques⁹⁰⁷. Cette loi a reçu

⁹⁰⁴ CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 82 ; *Rev. sc. crim.* 1984, p. 145, obs. L.-E. PETTITI ; *JT* 1985, p. 414, obs. P. LAMBERT ; *AFDI* 1985, p. 393, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE.

⁹⁰⁵ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c/ France*, Série A, n° 176-A ; *RUDH* 1990, 195, note G. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1991, 786, obs. E. DECAUX ; *D.* 1990, chron. 187, R. KOERING-JOULIN.

⁹⁰⁶ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c/ France*, Série A, n° 82.

⁹⁰⁷ J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondance émises par la voie des télécommunications », *D.* 1992, chron. p. 49 ; P. KAYSER, « La loi sur les écoutes téléphoniques », *JCP* 1992, I, n° 355.

« la bénédiction » de la Cour européenne des droits de l'homme pour avoir posé des règles claires et détaillées précisant *a priori*, avec suffisamment de clarté, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités⁹⁰⁸. En Espagne au contraire, l'intervention législative a été jugée insuffisante. Le constat de la violation de l'article 8 de la Convention européenne avait conduit l'Etat espagnol à procéder à une réforme qui s'imposait dans le souci d'éviter une nouvelle condamnation⁹⁰⁹. Une loi du 25 mai 1998 est venue préciser les modalités de contrôle de la mise sur écoutes téléphoniques. La Cour européenne des droits de l'homme souligne que cette loi constitue un indéniable progrès, néanmoins, les garanties qu'elle ménage restent insuffisantes. Le système n'offre pas pour le moment des sauvegardes adéquates contre divers abus à redouter. « Il en va ainsi de la nature des infractions pouvant donner lieu aux écoutes, de la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure, et des conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignant les conversations interceptées »⁹¹⁰. Les critiques formulées à l'encontre de la France avant l'intervention législative trouvent à s'appliquer au système espagnol et ce malgré la réglementation des écoutes. Le législateur espagnol n'a pas comblé toutes les lacunes ayant fait l'objet de constat de violation de la Convention européenne. Il est alors nécessaire, sinon indispensable pour le législateur de prendre une nouvelle loi pour mettre en conformité sa législation avec les exigences européennes.

275.- La qualité suffisante de la loi n'a cependant pu éviter une nouvelle condamnation de la France. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'interprétation restrictive par la Chambre criminelle de la Cour de cassation de la loi du 10 juillet 1991 vidait le mécanisme protecteur de toute sa substance⁹¹¹. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne cessait d'affirmer d'une part « qu'une personne victime d'une écoute téléphonique, mais non titulaire de la ligne surveillée, était sans qualité pour l'irrégularité d'interception échangée entre elles et d'autres personnes »⁹¹², d'autre part le mis en cause se verrait opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisée dans des procédures étrangères

⁹⁰⁸ CEDH, 24 août 1998, Lambert c/ France, *JCP* 1991. I. 105, chron. F. SUDRE ; *Rev. sc. crim.* 1998, p. 829, obs. L.-E. PETTITI.

⁹⁰⁹ CEDH, 30 juill. 1998, Valenzuela Contreras c/ Espagne, *Rev. sc. crim.* 2002, chron. p.455, F. MASSIAS.

⁹¹⁰ CEDH, 18 févr. 2003, Prado Bugallo c/ Espagne, *Rev. sc. crim.* 2004, chron. p. 455 ; F. MASSIAS.

⁹¹¹ CEDH, 24 août 1998, Lambert c/ France ; CEDH, 29 mars 2005, Matheron c/ France, *D.* 2005, 1755, note J. PRADEL.

⁹¹² Cass. crim., 27 sept. 1993, Bull. crim., n° 23 ; Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., 2003, n° 10, p. 35 ; Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., 2000, n° 190, p. 257 ; Cass. crim., 15 févr. 2000, Bull. crim., n° 68, p. 184 ; Cass. crim., 14 nov. 2001, Bull. crim., n° 238, p. 766, *Gaz. Pal. Rec.* 2002, somm. p.165.

intégrées dans une procédure le concernant directement⁹¹³. Pour l'heure, la jurisprudence française paraît en adéquation avec la jurisprudence européenne⁹¹⁴. La Chambre criminelle de la Cour de cassation semble s'être conformée aux exigences de la Cour de Strasbourg⁹¹⁵.

276.- Le prolongement du raisonnement conduit la Cour européenne des droits de l'homme à faire état d'un constat de violation de l'article 8 de la Convention européenne concernant la sonorisation. Il s'agit d'un procédé consistant à capter dans le lieu privé des conversations au moyen d'appareils miniaturisés tels que des micros. La jurisprudence française voyait dans la loi du 10 juillet 1991, réglementant les écoutes téléphoniques, une base légale suffisante autorisant la sonorisation⁹¹⁶. Cependant, la référence à ce mode de preuve n'était nullement incluse dans cette loi. La sonorisation constituait dès lors une intrusion injustifiée⁹¹⁷. Le législateur français a pris en compte cette situation. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité légalise désormais la sonorisation⁹¹⁸. Encore faut-il que les garanties instaurées soient respectées⁹¹⁹.

277.- La prévisibilité est liée à la jouissance « du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique ». Elle est la condition *sine qua non* de la justification de l'ingérence. Le principe de la légalité sort renforcé et la prévisibilité peut servir de fondement à la Cour européenne des droits de l'homme dans la censure du détournement d'un système de vidéo surveillance installé dans un poste de police⁹²⁰. Nul ne conteste que la surveillance par GPS (géolocalisation) des déplacements publics d'une personne suspecte semble moins attentatoire à sa vie privée que les autres mesures d'investigation secrètes⁹²¹. La Cour européenne des droits de l'homme légitime l'installation d'un dispositif de géolocalisation sur le véhicule des suspects afin de suivre et de relever leurs déplacements sous certaines conditions. Elle a ainsi affirmé que la géolocalisation ordonnée

⁹¹³ Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 190 ; Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n° 10.

⁹¹⁴ Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim., n° 327 ; Cass. crim., 31 janv. 2006, *Gaz. Pal.* 8 août 2006, n° 220, p. 10, note Y. MONNET.

⁹¹⁵ V. *infra* n° 539.

⁹¹⁶ Cass. crim., 12 janv. 2005, Bull. crim., n° 15 ; *D.* 2005, Jur. p. 1917 note P. HENNION-JACQUET.

⁹¹⁷ CEDH, 31 août 2005, *Vetter c/ France*, *JCP* 2005, I, 159, obs. F. SUDRE ; CEDH, *Wisse c/ France* ; D. ROETS, « Big brother au parloir », *D.* 2006, 764.

⁹¹⁸ Article 706-96 du Code de procédure pénale.

⁹¹⁹ Cass. crim., 1 mars 2006, *D.* 2006, Jur. 1504, note J. PRADEL ; *AJ Pén.* 2006. 222, obs. J.-P. CERE ; *Procédures* n° 6, juin 2006, 142, comm. J. BUISSON.

⁹²⁰ CEDH, 17 juil. 2003, *Perry c/ Royaume-Uni*, Rec. vol. IX ; F. MASSIAS, « Chronique internationale », *Rev. sc. crim.* 2002, p.455 et 456.

⁹²¹ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011, p. 462.

dans le cadre d'enquêtes portant sur des infractions très graves (attentats terroristes) correspondait à un besoin social impérieux (intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, prévention des infractions pénales) et était proportionnée au but poursuivi⁹²².

CONCLUSION CHAPITRE II

278.- Le juge interne et le juge européen constituent les remparts de la légalité. Ils imposent à la police judiciaire un comportement irréprochable. La méconnaissance des exigences légales fragilise la procédure probatoire. L'éventualité de la mise à l'écart de tous les éléments de preuve est susceptible de bénéficier aux personnes mises en cause. Cette sanction, d'une gravité extrême, apparaît aux yeux de la société comme un encouragement à la commission des infractions. Pour cette raison, le juge interne n'hésite pas à infléchir la légalité au profit de la nécessité probatoire. Le choix opéré par le juge interne s'apparente à l'application de la légalité au cas par cas. C'est la gravité de la violation de la légalité par la police judiciaire qui constitue l'élément déterminant de la sanction des procédures policières, alors que le juge européen semble faire une application plus stricte de la légalité. Les procédures policières admises en droit interne n'échappent pas à la censure du juge européen. Depuis lors, ce dernier apparaît comme le meilleur garant de la légalité des procédures policières.

⁹²² CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c/ Allemagne*, *JCP* 2010, 905, obs. K. GRABARCZYK.

CONCLUSION DU TITRE I

279.- La légalité dans la recherche de la preuve satisfait tant bien que mal le double impératif de la nécessité probatoire, condition d'une répression efficace et la protection des droits et libertés des individus. Cette exigence a une influence déterminante sur les modes de preuve puisqu'elle innervent toute la procédure pénale. Si la police judiciaire dispose de moyens *a priori* considérables, ils sont strictement réglementés par la loi. L'influence de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg tend à un renforcement des droits et des libertés des individus. La révolution des pratiques policières est en marche. Avec le pouvoir d'interprétation évolutive de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme, toutes les procédures d'investigation se trouvent sous garantie de l'équité procédurale. Le travail déjà accompli a transformé en profondeur la procédure pénale. Il revient aux juges interne et européen de vérifier la compatibilité des techniques d'investigation avec le respect de la légalité probatoire par la police judiciaire. Si parfois le juge interne est tenté par un certain fléchissement de son droit de regard, il semble que, au nom du droit à un procès équitable, le juge européen s'assure bien de la conformité du droit pénal procédural des Etats au regard des exigences de la Convention européenne.

280.- Depuis que la « sécurité » est devenue la première des libertés, la légalité connaît un bouleversement sans précédent. L'utilisation massive des technologies des plus sophistiquées et une difficulté croissante de l'obtention de la preuve pour certaines infractions a conduit à repenser toute la procédure pénale policière. Elle a succombé à la tentation sécuritaire⁹²³. En quête de la vérité, l'encadrement strict des procédures policières est devenu un handicap pour la police judiciaire dans la recherche de la preuve. Considérant l'enjeu : la présentation de la vérité, la légalité évolue dans le sens de sa fragilisation.

⁹²³ J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. pol. crim.* 2003, n° 25, p. 64.

TITRE II LA RELATIVITE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE ET LE BOULEVERSEMENT DES REGLES DE PREUVES

281.- Il est nécessaire de souligner les difficultés rencontrées par la police judiciaire dans la recherche de la preuve. Cela est principalement dû à la nature complexe ou au domaine particulier de certaines infractions. Sous peine de fragiliser la recherche probatoire, le degré de technicité de la commission des infractions a poussé à l'évolution, du moins à l'adaptation des investigations policières. D'autres acteurs peuvent avoir connaissance de certaines infractions de différentes manières.

282.- Cependant, l'implication des membres de la société civile aboutit à repenser les règles gouvernant la preuve. En effet, la légalité procédurale impose à la police judiciaire, dans la recherche de la preuve, le respect d'une réglementation stricte. En revanche, les acteurs privés bénéficient d'une grande liberté en ce qu'ils peuvent produire en justice une preuve obtenue illicitement ou même à la suite de la commission de l'infraction⁹²⁴. De surcroît, cette contribution des acteurs privés dans le recueil de la preuve constitue un moyen de contournement de la légalité. L'attention portée à une preuve rapportée par la police judiciaire n'est évidemment pas la même que celle portée à une preuve rapportée par un acteur privé.

283.- D'une manière plus générale, la police judiciaire ne peut recourir aux acteurs privés que lorsque les circonstances ne permettent pas de faire autrement. La nature de ce recours est, de longue date, source de controverse⁹²⁵. Il est permis d'avancer qu'il s'agit d'un dispositif qu'il est préférable de manipuler avec précaution, notamment dans des incriminations spécifiques. Les techniques utilisées pour commettre des infractions ont rendu les règles de la preuve en matière pénale inadaptées, forçant à la mise en place des procédures mieux adaptées à ces infractions. Cette adaptation, si elle aboutit à la facilitation de la preuve, est de nature à bouleverser les règles de preuve. Dans l'aboutissement de l'enquête, les acteurs privés sont appelés à aider la police judiciaire (Chapitre I). En outre, le besoin de faciliter la recherche de la preuve conduit à l'admissibilité de la provocation (Chapitre II).

⁹²⁴ Cass. crim., 6 avr. 1994, Bull. crim., n° 136 ; 12 juin 2003, *Procédures* 2003, n° 223.

⁹²⁵ PH. CONTE et P. MAISTRE du CHAMBON, *Procédure pénale*, Sirey, 2013, p. 42 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, p. 336.

CHAPITRE I : L'ACCOMPAGNEMENT DE LA SOCIÉTÉ CIVILE DANS LE RECUEIL DE LA PREUVE

284.- Au siècle de la privatisation⁹²⁶, il n'est pas surprenant que le rôle des acteurs privés dans la recherche de la preuve acquiert une importance considérable. La privatisation dans la recherche de la preuve est la marque du procès civil⁹²⁷. A l'inverse, la matière pénale est normalement caractérisée par une publicisation dans la recherche de la preuve⁹²⁸. L'autorité chargée de recueillir la preuve joue un rôle essentiel. La personne mise en cause n'a pas, en principe, à rapporter la preuve de son innocence.

285.- Depuis quelques années, on assiste à la privatisation du procès pénal⁹²⁹. Cette transformation de la nature du procès pénal est marquée par « le renforcement du rôle des acteurs privés à tous les stades du procès pénal »⁹³⁰. Cette logique ne se limite-t-elle qu'au procès ou peut-on voir le même phénomène en amont du procès pénal ? En d'autres termes, la privatisation du procès pénal a-t-elle pour corollaire la privatisation dans la recherche de la preuve ? Cette dernière peut se définir comme « le mouvement par lequel les parties privées du procès (c'est-à-dire l'accusé et la partie civile) participent de plus en plus activement à la collecte de la preuve »⁹³¹. Certains auteurs estiment qu'on peut parler de privatisation dans la recherche de la preuve. La raison en est que « les parties privées, longtemps à l'écart du procès pénal, bénéficient depuis quelques années d'un renforcement de leurs droits »⁹³². La difficulté principale de cette affirmation est liée à la place accordée à l'autorité chargée de recueillir la preuve. Il est indéniable que la recherche de la preuve constitue une prérogative de cette autorité qui accepte, dans certains cas, une simple aide des acteurs privés. Il s'agit

⁹²⁶ Notamment le 21^e siècle est caractérisé par l'émergence de la privatisation de la justice.

⁹²⁷ L'article 1315 du Code civil dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

⁹²⁸ L. ASCENCI et R. PARIZOT, « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 81.

⁹²⁹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245 et s ; J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G*, 2004, I, 146 ; Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice », *D.* 2003, chron. p. 2771 ; A. REINHARD, « Droit pénal, droit véral ? Récit d'un glissement de frontières », *Dr. pén.* 2003, p. 4.

⁹³⁰ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245 et s.

⁹³¹ L. ASCENCI et R. PARIZOT, « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 81.

⁹³² L. ASCENCI et R. PARIZOT, « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 81.

plutôt d'une collaboration plus ou moins consentie entre la police judiciaire et la société civile. Même si elle est devenue de plus en plus fréquente, cette collaboration n'exclut pas la police judiciaire dans l'activité probatoire. Or, la privatisation dans la recherche de la preuve aboutit forcément à l'effacement de l'autorité étatique. La recherche de la preuve est principalement assurée par les parties au procès pénal. Ce système est appliqué dans les pays anglo-saxons : chaque partie étant priée de recueillir la preuve de ses allégations. Dans le cadre de la procédure pénale française, la collaboration des acteurs privés dans la recherche de la preuve est variable : dans certains cas leur participation est contrainte (Section II), dans d'autres cas leur participation est volontaire (Section III). Avant d'étudier cette collaboration fluctuante des acteurs privés, il convient de soulever la question de la délégation de l'autorité publique (Section I).

SECTION I : LA DELEGATION DE L'AUTORITE PUBLIQUE

286.- La police judiciaire dispose d'une compétence générale dans la constatation des infractions. Cette prérogative, qui étend son intervention à toutes les infractions quelle que soit leur nature, ne signifie pour autant pas qu'elle est la seule autorité à agir. Dans certains domaines bien spécifiés, d'autres organes interviennent pour constater à leur tour des infractions. Cette attribution ne limite pas le champ d'action de la police judiciaire qui reste totalement libre de déclencher des investigations en cas de constatation d'une quelconque infraction. Mais en raison de leur nature particulière, certaines infractions ne peuvent être mises en évidence que par certaines personnes formées. Cette exigence peut constituer un obstacle pour la police judiciaire dans l'appréhension de ces comportements. C'est pourquoi il est préférable que des personnes formées soient autorisées à procéder à des investigations afin de « ménager » la police judiciaire. L'intérêt d'une telle répartition croit-on est de faciliter la tâche de la police judiciaire en lui permettant de se concentrer sur les infractions classiques qui ne nécessitent pas de connaissances particulières. Il est à noter toutefois que la compétence consentie à ces agents n'est pas générale, la loi encadre étroitement leur champ d'investigation. Ils ne peuvent rechercher que les infractions limitativement énumérées par les textes. Cette légitimation légale constitue un fait justificatif de la constatation des infractions et par les agents des administrations (§1) et par les agents assermentés (§2).

§1. La constatation des infractions par les agents des administrations

287.- Lorsque l'infraction en cause concerne leur domaine de compétence, les administrations jouent un rôle significatif dans la phase d'enquête. La police judiciaire s'efface au profit des agents des administrations dans la mesure où ils disposent des prérogatives propres, de nature à déclencher des investigations. Pour autant, l'exercice de ces prérogatives se trouve restreint à un domaine bien spécifique. Chaque administration a reçu de la loi un domaine réservé dans lequel elle peut intervenir. Ainsi, la compétence des administrations se trouve subordonnée à la nature des infractions. L'absence d'un tel encadrement serait susceptible de générer un conflit de compétence lorsque plusieurs administrations se seraient déclarées compétentes pour la même infraction, alors que la limitation du champ d'intervention de chaque administration évite la survenance d'une telle situation et assure un emploi judicieux des moyens d'investigation.

288.- La restriction de la compétence des administrations à des infractions bien déterminées n'est pas source d'obstacle à la collaboration entre les diverses administrations ; elle serait même un facteur de facilitation des échanges d'informations. Une administration est en droit de demander, dans le cadre de ses enquêtes, des renseignements détenus par une autre administration. Dès lors que la première n'apparaît pas comme une « concurrente », la dernière lui transmettrait plus aisément les informations dont elle dispose. Mais avant tout, les administrations ne peuvent exercer leurs pouvoirs d'investigation (B) que pour les infractions dont la loi leur a attribué compétence (A).

A. La spécialisation des administrations

289.- Dans les domaines où la loi attribue une compétence spéciale à une administration, la police judiciaire joue un rôle « effacé ». L'octroi à des administrations de compétences dans la constatation des infractions et le rassemblement de la preuve se limite à un domaine bien déterminé. Mais en raison de leur statut de fonctionnaires, ces agents sont d'abord tenus, conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale, de dénoncer des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction. Pour cette raison, ils peuvent parfaitement dresser un procès-verbal d'une infraction relevant de leur domaine de compétence spécialisée.

290.- Compte tenu de leur compétence spécialisée, on pourrait penser que les agents des administrations ne peuvent constater les autres infractions hors leur champ de compétence. Tel n'est pas le cas. Lorsqu'à l'occasion de leurs activités, les agents des administrations découvrent une infraction ne relevant pas de leur domaine de compétence, ils peuvent dresser un procès-verbal qu'ils transmettront au procureur de la République⁹³³. Pour éviter de détournement de procédure, le procès-verbal relatant l'infraction découverte incidemment encourt la nullité s'il est démontré que dès le départ, les agents avaient sciemment déclenché des investigations pour constater les infractions prétendument découvertes à l'occasion de

⁹³³ Cass. crim., 26 févr. 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. n° 101, obs. J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 3 janv. 1991, *Bull. crim.*, n° 3 ; Cass. crim., 16 janv. 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. n° 155, obs. J.-H. ROBERT. Les agents du service de répression des fraudes peuvent relater dans un procès-verbal, à l'occasion d'une enquête relative à une publicité trompeuse, l'infraction de lotterie illicite découverte incidemment, alors que ce délit ne relevait pas à l'époque de leur domaine de compétence ou encore les agents du fisc peuvent relater dans un procès-verbal une infraction de travail dissimulé lors d'une visite.

l'exercice de leur fonction⁹³⁴. Quels sont les domaines de compétence des agents des administrations ?

291.- Il prévaut, en théorie, le principe de compétence concurrente entre la police judiciaire et les administrations. En pratique, la police judiciaire n'intervient que rarement car elle se désintéresse. Elle délaisse volontairement les domaines spécifiques au profit des administrations spécialisées⁹³⁵. Ainsi, dans le domaine économique, le pouvoir de constatation des infractions est attribué à plusieurs administrations. Les polices de « marchés » disposent des pouvoirs d'intervention propres pour assurer la transparence de la vie économique. C'est ainsi qu'en cas de soupçons de pratiques anticoncurrentielles⁹³⁶, la compétence est reconnue et au ministre de l'Economie pour les micro-pratiques anticoncurrentielles et à l'autorité de concurrence concernant les autres pratiques anticoncurrentielles de procéder à des investigations. Toutefois, si l'autorité de concurrence se saisit d'une affaire, le ministre de l'économie ne peut plus s'en saisir.

292.- L'autorité de concurrence peut se saisir d'office ou être saisie par des entreprises ou personnes habilitées⁹³⁷. Elle ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction⁹³⁸. En cas de dépôt de plainte, l'autorité de concurrence est tenue de l'examiner car le principe de l'opportunité des poursuites ne s'applique pas dans ce domaine⁹³⁹.

293.- La qualité de la police de marché est aussi reconnue aux autorités de régulation des marchés financiers. En effet, la constatation des « abus de marché »⁹⁴⁰ relève de la compétence de l'Autorité de Marché financier (AMF). En cas de soupçon d'infractions, l'exercice du pouvoir de déclencher des enquêtes est dévolu au secrétaire général de l'AMF⁹⁴¹, lequel peut habilitier des agents à procéder à des investigations⁹⁴². Cette habilitation

⁹³⁴ Cass. crim., 3 oct. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. n° 50, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 18 déc. 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. n° 69, note A. MARON. Les agents de douanes ne peuvent décider d'effectuer une fouille des bagages pour constater une infraction relative au Code de la route.

⁹³⁵ A titre d'exemple, La police judiciaire n'entre plus dans les entreprises, ce sont les inspecteurs du travail qui se déplacent dans ces structures.

⁹³⁶ Article L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ; articles 101 et 102 du TFUE.

⁹³⁷ Article L. 462-5 et R. 420-1 du Code de commerce.

⁹³⁸ Article L. 462-7 du Code de commerce.

⁹³⁹ L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Vuilbert, 2011, n° 331, p. 215.

⁹⁴⁰ Les délits d'initiés et les manipulations de marché.

⁹⁴¹ Article L. 621-9-1 du Code monétaire et financier.

est subordonnée à certaines conditions, lesquelles se doublent de règles d'incompatibilités⁹⁴³ et de prévention des conflits d'intérêts⁹⁴⁴. Comme les autorités de concurrence, l'AMF veille à la transparence du marché financier par le contrôle du respect des dispositions législatives et réglementaires⁹⁴⁵.

Le comportement illicite est caractérisé dès lors que « des pratiques litigieuses sont de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, faussent le fonctionnement du marché, procurent aux intéressés un avantage qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché, ou encore font bénéficier les émetteurs ou les investisseurs des agissements d'intermédiaires contraires à leurs obligations professionnelles »⁹⁴⁶. Ce constat de violation fait l'objet d'un rapport transmis au collège de l'AMF qui décide de suite à donner. Comme toute administration, l'AMF n'échappe pas à l'obligation de dénoncer auprès du procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

294.- Dans le domaine fiscal, la constatation des infractions relève de la compétence de l'administration fiscale. Dès lors que le système repose sur la déclaration des contribuables qui plus est présumée sincère, l'administration doit pouvoir vérifier la réalité des informations déclarées. L'intervention de l'administration est la plupart du temps précédée de soupçon d'infraction, laquelle est caractérisée par des déclarations inexactes ou erronées voire des fraudes⁹⁴⁷. Dans ce cas, l'administration fiscale peut alors mettre en œuvre diverses mesures pour confirmer ou infirmer ses soupçons. Les infractions autres que fiscales doivent également être dénoncées auprès du procureur de la République.

295.- En matière du travail, la réalisation d'un contrôle ou de constat de l'infraction appartient à l'inspection du travail qui veille au respect des dispositions relatives au travail dans toutes

⁹⁴² Article L. 621-9-2 du Code monétaire et financier ; article 11-I-1° et suivants du décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003.

⁹⁴³ Article 13-I du décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003.

⁹⁴⁴ Article 13-II du décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003.

⁹⁴⁵⁹⁴⁵ Exemple l'affaire Hermès-LVMH. La loi oblige toute société achetant un certain nombre d'actions d'une entreprise cotée à se déclarer auprès de l'AMF, rendant ainsi l'information publique. Or, Monsieur Bernard Arnauld est parvenu à préserver l'anonymat. Le 31 mai 2013 l'AMF a requis une sanction de 10 millions d'euros à l'encontre de LVMH, jugeant pleinement justifiés les griefs de défaut d'information au marché et dissimulation comptable dans sa montée surprise au capital d'Hermès fin 2010.

⁹⁴⁶ J. MEADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, L.G.D.J., 2007, p. 343.

⁹⁴⁷ C. AIME et M. ROCHEDY, *Droit fiscal*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 235 et s.

les entreprises à l'exception de celles qui échappent à tout contrôle⁹⁴⁸. L'inspecteur ou le contrôleur du travail dresse un procès-verbal qu'il transmet au procureur de la République.

296.- Si l'inspection du travail peut constater l'infraction de discrimination dans le cadre du travail, le défenseur des droits⁹⁴⁹ bénéficie d'une compétence générale car il est chargé de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité. Le défenseur des droits peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées⁹⁵⁰.

297.- En matière douanière, la compétence est dévolue à l'administration des douanes qui veille au respect de la formalité de la déclaration en douane. Toute marchandise exportée ou importée doit faire l'objet d'une déclaration. Le non respect de cette obligation constitue une infraction douanière. Aussi, est constitutif d'une infraction à la législation douanière le fait d'importer ou exporter des marchandises naturellement prohibées⁹⁵¹. Ce faisant, les agents de douane disposent de prérogatives beaucoup plus importantes que les administrations énoncées précédemment.

298.- Enfin, en matière environnementale, la constatation des atteintes à l'environnement relève de la compétence des agents habilités. Il existe une pluralité d'agents en raison de leur spécialisation. En effet, pour chaque infraction un agent est chargé de constater et dresser un procès-verbal⁹⁵².

299.- En raison du principe de spécialité, les administrations chargées de constater les infractions dans la limite des attributions que leur confie la loi sont multiples et variées. Cette variété ne doit pas faire obstacle à l'échange d'informations de telle sorte que la collaboration rendue nécessaire dans certaines circonstances ne soit pas victime de cette pluralité

⁹⁴⁸ A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., Litec, 2012, n° 16, p. 13 et s ; A. COEURET, B. GAURIAU et M. MINE, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 30 et s.

⁹⁴⁹ Cette autorité a repris les compétences dévolues autrefois à la la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

⁹⁵⁰ Article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

⁹⁵¹ J.-P. BOUQUIN et M. FAMCHON, *Importer, commerce international Douane*, 1^{ère} éd., Delmas, 2006, n° 1701, p. 253 et s.

⁹⁵² J.-H. ROBERT et M. REMOND- GOUILLOUD, *Droit pénal de l'environnement*, Masson, 1983, n° 318, p. 252 et s.

d'administrations. En tout cas, pour mener à bien leur mission, toutes les administrations détiennent des pouvoirs d'investigation.

B. La dotation des pouvoirs d'investigation

300.- Il est évident que la constatation et le rassemblement de la preuve ne peuvent être rapides que si les agents des diverses administrations bénéficient des prérogatives similaires à celles de la police judiciaire. C'est pourquoi la loi leur accorde des nombreuses attributions (1). Toutefois, s'ils peuvent exercer les mêmes fonctions que la police judiciaire, les agents des administrations ne sont pas aussi craints que la police judiciaire. Les personnes concernées peuvent profiter de cette situation pour entraver le libre exercice des investigations des agents des administrations. Conscient de ce risque, le législateur a voulu se prémunir contre de tels obstacles en incriminant toute obstruction de nature à empêcher l'accomplissement de leur mission (2).

1. Les attributions accordées aux diverses administrations

301.- Pour mener à bien leurs investigations, les agents des administrations peuvent avoir besoin de se transporter sur les lieux soupçonnés de commission d'infractions. A cet effet, ils doivent disposer des prérogatives spécifiques. Pour cela, la loi leur accorde une multitude de possibilités. Les agents des administrations bénéficient d'un droit de visite, lequel leur permet de procéder à des constatations ou vérifications. Cette prérogative ne peut être utilisée de manière aléatoire, sa mise en œuvre doit logiquement dépendre de l'existence de soupçon d'infraction⁹⁵³. Seule cette exigence est de nature à renforcer l'effectivité d'un tel instrument. La visite peut être suivie de la communication et de la saisie des informations ou documents.

302.- C'est ainsi qu'en matière économique, la loi accorde aux autorités de concurrence le droit de déclencher la visite domiciliaire⁹⁵⁴. Les autorités de concurrence ayant pris connaissance de soupçon de pratiques anticoncurrentielles par l'intermédiaire de plainte ou dénonciation doivent pouvoir vérifier la véracité des informations. Le déclenchement de la visite domiciliaire est un moyen d'éviter une collaboration limitée voire la tentation pour les personnes soupçonnées de tout mettre en œuvre pour ralentir l'enquête. Les agents peuvent

⁹⁵³ V. ROBERT, *L'administration dans le procès pénal ; Contribution à l'étude du particularisme de l'Administration dans le procès pénal*, Thèse, Paris I, 2004, n° 98, p. 90.

⁹⁵⁴ Article L. 450-4 du Code de commerce.

ainsi faire la demande et obtenir la communication des documents nécessaires à l'enquête. Il semble logique que cette demande ne puisse pas faire l'objet de refus. Bien évidemment, tout refus s'apparenterait à l'entrave à l'exercice de la fonction.

303.- Pour assurer la vérification ou la constatation des infractions boursières, l'autorité de régulation de marché bénéficie du droit de visite des lieux⁹⁵⁵. Toutefois, pour certaines infractions, l'initiative de la mise en œuvre d'une telle mesure ne relève pas d'une prérogative propre à l'autorité de marché financier. En effet, la mise en œuvre de la visite domiciliaire est subordonnée à l'autorisation du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situent les locaux à visiter sur demande motivée du secrétaire général de l'autorité de marché financier⁹⁵⁶. Les agents de l'autorité sont en droit d'exiger et obtenir communication des documents qu'ils estiment nécessaires à l'enquête. La visite domiciliaire permet ainsi de forcer la collaboration de personnes puisqu'elles n'ont pas d'autre choix que de répondre favorablement à la demande des enquêteurs de l'autorité de marché. Les documents demandés peuvent constituer des indices de commission d'une infraction. Cette transformation de soupçon d'infraction à la présomption d'infraction entraîne des conséquences procédurales.

304.- En matière fiscale, l'administration fiscale peut contrôler la sincérité de la déclaration du contribuable en exigeant des explications⁹⁵⁷. Une fois ce contrôle effectué, en cas de soupçon de la commission d'une infraction, elle peut alors décider de se déplacer sur place et procéder à la visite. Mais ce droit de visite ne concerne pas toutes les infractions fiscales, il est réservé aux infractions d'achats ou ventes sans facture, délivrance des factures fictives ou falsification de comptabilité⁹⁵⁸. En outre, cette procédure ne peut être mise en œuvre que sur autorisation du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Le juge est tenu de vérifier le bien-fondé de la demande. Une fois ce travail effectué, il est tenu de préciser dans son ordonnance d'autorisation les éléments laissant présumer l'existence de comportements frauduleux dont la preuve est recherchée et désigner un officier de police judiciaire chargé d'assister à l'opération. Le droit de visite en matière fiscale est étroitement encadré, l'administration fiscale ne doit pas se contenter de simples

⁹⁵⁵ Article L. 621-10 du Code monétaire et financier.

⁹⁵⁶ Article L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier.

⁹⁵⁷ Article L. 10 du Livre de procédure fiscale. Les agents du fisc peuvent, pour exercer leur contrôle, demander aux contribuables tous renseignements, justifications ou éclaircissements relatifs aux déclarations qui ont été souscrites ou aux actes qui ont été déposés.

⁹⁵⁸ Article 16 B du livre de procédure fiscale.

soupons pour faire sa demande. La subordination de la visite à l'autorisation judiciaire laisse penser que pour être mise en œuvre, l'administration fiscale doit détenir d'importants indices de commission d'infractions prévues par la loi.

305.- Dans le cadre de relation du travail, l'inspection du travail dispose du droit de visite pour rechercher des renseignements⁹⁵⁹. S'il peut être déclenché d'office, dans la majorité des cas, sa mise en œuvre fait suite à une plainte préalable⁹⁶⁰. Cette visite aurait pour mission de vérifier la réalité des informations transmises à l'inspection du travail. Une fois dans l'entreprise, l'inspecteur ou le contrôleur du travail peut ainsi visiter tous les locaux à l'exception des locaux d'habitation qui ne peuvent être visités que sur autorisation des occupants⁹⁶¹. Aussi, il peut se faire communiquer l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le Code du travail⁹⁶². Le droit de visite opère une accélération de l'enquête, l'inspecteur se déplace lui-même pour obtenir plus rapidement les éléments susceptibles d'établir la preuve des infractions. Etant donné qu'il s'agit d'une autorisation légale, l'employeur concerné ne peut s'opposer à ce droit de communication.

306.- En matière discriminatoire, il est reconnu au défenseur des droits le droit de visite⁹⁶³. Ce droit constitue un atout pour cette autorité dans la mesure où il lui permet de pénétrer dans les locaux et exiger la communication des pièces intéressant l'enquête. La personne concernée ne peut s'opposer à la visite de ses locaux ni même refuser la communication des documents puisque que le refus de communiquer les documents exigés est sanctionné pénalement⁹⁶⁴.

307.- En matière douanière, le droit de visite a un double visage. L'administration douanière peut inspecter les marchandises, les moyens de transport et des personnes⁹⁶⁵. Ces éléments doivent se situer sur la voie publique et dans les lieux où l'administration de douane est normalement compétente⁹⁶⁶. Ce droit de visite est étroitement encadré, les agents de douane doivent vérifier si les conditions exigées étant remplies. Cette disposition ne semble pas

⁹⁵⁹ Article L. 8113-1 du Code du travail.

⁹⁶⁰ X. HAUBRY, *Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites*, L'Harmattan, 2010, p. 53 et s.

⁹⁶¹ Article L. 8113-1, alinéa 3 du Code du travail.

⁹⁶² Article L. 8113-4 du Code du travail.

⁹⁶³ Article 22 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011. Il est des hypothèses où ces vérifications sont autorisées par le juge des référés ou le juge des libertés et de la détention.

⁹⁶⁴ Articles 12, 13 et 14 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

⁹⁶⁵ Article 60 du Code des douanes.

⁹⁶⁶ J.-P. BOURQUIN et M. FAMCHON, *Importer, importation, commerce international, douane*, 1^{ère} éd., Delmas, 2006, n° 1705, p. 256.

reconnaître à des agents de la douane le droit de visite dans tous les lieux. Cette restriction peut être source d'obstacle pour l'enquête. C'est pourquoi ce droit de visite se trouve complété par le droit de visite de tous les lieux, y compris privés où des marchandises de fraude sont susceptibles d'être détenues⁹⁶⁷. Mais il convient de préciser que cette visite ne peut être effectuée par les seuls agents de douane ; il est exigé la présence d'un officier de police judiciaire chargé non pas de participer à la visite, mais de veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense. Aussi, les agents de douane ne peuvent procéder d'office à ce droit de visite domiciliaire qu'en cas de flagrant délit. A défaut de flagrance, la visite est subordonnée à l'autorisation du président du tribunal de grande instance du lieu de la direction des douanes dont dépend le service chargé de la procédure ou d'un juge désigné par lui. En l'absence de cette autorisation, toute visite encourt la nullité.

308.- Au cours de la visite, les agents de l'administration peuvent se faire communiquer les documents intéressant l'enquête⁹⁶⁸. Tout refus constitue une entrave à l'exercice de la fonction, les agents de douane peuvent saisir un juge pour contraindre la remise des documents exigés. Cette procédure est prévue pour éviter que la personne détentrice échappe, sauf exception, à la remise des documents. Le refus de remettre un document pourrait apparaître comme l'indice d'un comportement frauduleux. Il est dans l'intérêt de la personne de collaborer avec les agents de douane pour faciliter la résolution de l'enquête.

309.- En matière environnementale, le droit de visite est aussi reconnu aux agents habilités à constater les atteintes à l'environnement⁹⁶⁹. S'ils peuvent déclencher la visite des lieux publics, en revanche, la mise en œuvre de la visite des lieux privés est subordonnée à l'autorisation motivée d'un juge du siège. A défaut, toute visite serait nulle.

310.- De manière générale, le droit de visite est nécessairement suivi du droit de communication. Les personnes soumises ne peuvent, en toute logique, y échapper dans la mesure où la loi prévoit de procédures susceptibles non seulement de sanctionner les récalcitrants mais également d'ordonner le respect des dispositions. La finalité du droit de visite et du droit de communication est de saisir les pièces ou documents intéressant l'enquête.

⁹⁶⁷ Article 64 du Code des douanes.

⁹⁶⁸ Article 65 du Code des douanes.

⁹⁶⁹ D. GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, 2008, n° 12. 261, p. 35 et s.

Ce droit de saisir est aussi reconnu à tous les agents de diverses administrations⁹⁷⁰. Par ce mécanisme, les agents des administrations, qui n'avaient connaissance que de soupçons de commission d'infractions, détiennent désormais des informations susceptibles de confirmer ou infirmer leurs soupçons. En cas d'infraction avérée, les documents saisis peuvent servir d'éléments de preuve.

311.- Les agents des administrations chargés de constater les infractions disposent des prérogatives importantes pour rassembler la preuve. Cela n'empêche pas que, dans la mise en œuvre de différentes prérogatives précédemment énoncées, ces agents soient susceptibles de rencontrer des difficultés. Les personnes concernées peuvent montrer leur hostilité aux investigations des agents des administrations. C'est dans la perspective de défense des pouvoirs des agents des administrations que le législateur sanctionne toute obstruction à l'exercice de leur mission.

2. La défense du libre exercice de la fonction

312.- Ne détenant pas, sauf exception⁹⁷¹, des prérogatives coercitives, le bon déroulement des investigations des agents des administrations pourrait dépendre de la bonne volonté des personnes soupçonnées. Lorsque celles-ci se montrent particulièrement réticentes à collaborer, les agents des administrations pourraient se trouver démunis. Une telle situation serait de nature à anéantir le bon déroulement des investigations. Il semble tout à fait logique que les pouvoirs d'investigation des agents des administrations puissent s'exercer conformément aux textes internes et aux engagements internationaux de la France. Il est ainsi du droit de communication : les agents des administrations peuvent exiger la communication de tous les documents détenus par la personne. Or, face à une telle demande, la personne pourrait être tentée d'invoquer le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, en considérant que les documents demandés sont susceptibles d'établir la preuve de l'infraction.

313.- Comment s'articule alors le droit de ne pas s'auto-incriminer et le délit d'obstacle ? Le délit d'obstacle tend à éviter que le droit de visite soit rendu particulièrement difficile dans le seul but d'empêcher le déroulement normal de la mission de contrôle ou de surveillance. La personne contrôlée ne peut mettre en place de manœuvres de nature à gêner la visite des lieux.

⁹⁷⁰ Par exemple, article L. 16 du livre de procédure fiscale, article L. 323-2 du Code des douanes et les dispositions des articles 56 à 59 applicables en matière environnementale.

⁹⁷¹ L'administration douanière bénéficie de prérogatives coercitives.

En effet, lorsque la visite est mise en œuvre, les agents des administrations peuvent librement se déplacer sur les lieux pour constater ou vérifier la compatibilité des activités avec la législation. Une fois sur les lieux, les agents peuvent ainsi déclencher les autres mesures d'investigation, parmi lesquelles la communication qui peut à la fois être déclenchée antérieurement et postérieurement à la visite et la saisie des documents ou informations contenues dans les divers supports. C'est alors qu'intervient le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Les agents des administrations peuvent saisir tout document trouvé sur les lieux. En revanche, ils ne peuvent forcer la personne contrôlée à fournir un document susceptible de l'incriminer⁹⁷². En raison du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le droit de communication semble se limiter aux documents trouvés par les agents des administrations et aux documents fournis volontairement par la personne contrôlée. Lorsque cette dernière refuse de communiquer des documents, sous peine de méconnaître le droit de ne pas s'auto-incriminer, aucune sanction ne peut être prononcée à son encontre de nature à la contraindre de fournir les documents exigés, susceptibles de l'incriminer⁹⁷³.

314.- Nul doute que les prérogatives des agents des administrations ne peuvent s'exercer librement que si elles sont protégées par les textes. Ainsi, les diverses législations interdisent tout obstacle à l'accomplissement de la mission des agents des administrations. Toutefois, l'opposition aux agents des administrations ne suffit pas à caractériser le délit d'obstruction aux fonctions. Il faut, pour cela, « un refus de satisfaire à une exigence correspondant à une prérogative expressément reconnue par la loi à l'agent qui la formule et le recours à des artifices destinés à tromper ou égarer la vigilance du verbalisateur »⁹⁷⁴. Cette incrimination protège donc les pouvoirs d'investigation reconnus aux agents dans l'exercice de leur mission. Ce qui signifie, *a contrario*, qu'une personne peut s'opposer à une opération des agents des administrations lorsque celle-ci n'est pas explicitement prévue par une législation.

315.- L'institution du délit d'obstruction concerne toutes les administrations. Ainsi, en matière du travail, il est prévu que « le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une

⁹⁷² CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, *JCP* 1993, éd. G, II, 22073, obs. R et A. GARNON ; *D.* 1993, p. 457, note J. PANNIER ; D. VINOT-BARRIAL, « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 537.

⁹⁷³ CEDH, 5 juil. 2012, *Chambaz c/ Suisse*, n° 11663/04.

⁹⁷⁴ D. GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, 2008, n° 12.288, p. 41.

amende de 3750 euros »⁹⁷⁵. Il est bien question de la protection de la fonction de l'agent, lequel doit pouvoir librement mettre en œuvre ses prérogatives d'enquête. Il s'agit bien évidemment d'une infraction intentionnelle qui se constitue dès la matérialité de l'infraction. La mise en place des moyens tendant à empêcher le libre exercice de devoir de l'inspection du travail traduit incontestablement l'intention coupable de l'agent, sa volonté d'éviter la révélation des agissements prohibés⁹⁷⁶. Cette incrimination va ainsi inspirer son instauration en matière environnementale.

316.- Dans ce dernier domaine, les multiples lois attribuant aux agents de pouvoirs d'investigation répriment tout obstacle à l'accomplissement des fonctions d'un agent verbalisateur⁹⁷⁷. Là encore, ce délit est édicté pour garantir l'effectivité de la mission des agents.

317.- Tel est aussi le cas en matière économique où le fait pour toute personne de faire obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers effectuées dans les conditions prévues aux articles L. 621-9 à L. 621-9-2 du Code de marché financier ou de lui communiquer des renseignements inexacts est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300.000 euros⁹⁷⁸. La personne soupçonnée est tenue de répondre favorablement à toute demande faite par l'agent dans le cadre de sa mission prévue par la loi. Le délit d'obstruction aux fonctions est une mesure destinée à supprimer tout obstacle à l'accomplissement de la mission de l'agent. Ainsi, la personne soupçonnée n'a d'autre choix que de collaborer à l'enquête.

318.- La constatation de l'obstruction à la fonction des agents des administrations ne se limite pas uniquement au prononcé d'une sanction à l'encontre du récalcitrant. La force logique d'une telle incrimination réside dans la possibilité pour les agents de saisir le juge pour contraindre la personne à collaborer. C'est ainsi par exemple en matière douanière⁹⁷⁹, économique⁹⁸⁰, fiscale⁹⁸¹, et discriminatoire⁹⁸² dans le cas où la personne refuse de répondre à

⁹⁷⁵ Article L. 8114-1 du Code du travail.

⁹⁷⁶ A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., Litec, 2012, n° 107, p. 55 et s.

⁹⁷⁷ J.-H. ROBERT et M. REMOND-GUILLOUD, *Droit pénal de l'environnement*, Masson, 1983, n° 339, p. 263 et s.

⁹⁷⁸ Article L. 642-2 du Code monétaire et financier.

⁹⁷⁹ Article 431 du Code de douanes ; C. J. BERR et H. TREMEAU, *Droit douanier communautaire et national*, 7^{ème} éd., Economica, 2006, n° 948, p. 519.

⁹⁸⁰ Article l. 621-12 du Code monétaire et financier.

la demande de communication des documents ou toute information nécessaire à l'enquête, le juge peut ainsi ordonner la communication de ces documents. L'instauration de délit d'obstacle aux fonctions est un moyen d'obliger la personne à contribuer de son propre chef au bon déroulement de l'enquête.

319.- La personne contrôlée est tenue de garantir le libre accès des lieux contrôlés. Comme il est précisé précédemment, la personne bénéficie du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Elle est libre de communiquer ou non les documents exigés, susceptibles de l'incriminer. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination s'oppose à toute pression exercée sur la personne afin de fournir les documents demandés. Cela signifie que la décision judiciaire, consistant à ordonner la communication des documents sous peine de sanction, méconnaît le droit de ne pas s'auto-incriminer dans la mesure où cette décision judiciaire est une contrainte exercée sur la personne. La situation semble différente pour les agents assermentés : ils ne disposent pas de prérogatives étendues et ne bénéficient pas d'une disposition destinée à protéger leur fonction. Pourtant, ils sont chargés, comme les agents des administrations, de constater les infractions relevant de leur mission. Comment alors font-ils pour assurer leur mission ?

§2. La constatation des infractions par les agents assermentés

320.- La police judiciaire joue également un rôle « effacé » dans d'autres domaines tels que le droit d'auteur et droits voisins. Il s'agit d'assurer une constatation rapide de l'infraction par l'intervention de personnes qualifiées. Ainsi, l'article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « Outre les procès-verbaux des officiers ou agents de police judiciaire, la preuve de la matérialité de toute infraction aux dispositions des Livres 1^{er}, II et III peut résulter des constatations d'agents assermentés désignés selon les cas par le Centre national de la cinématographie, par les organismes professionnels d'auteurs et par les sociétés mentionnés au titre II du présent livre. Ces agents sont assermentés dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat ». Même si cette disposition prévoit une compétence concurrente entre les agents assermentés et la police judiciaire, dans la plupart des cas, ces infractions sont établies par les premiers ; la police judiciaire n'intervient que dans de rares cas où elle est expressément sollicitée.

⁹⁸¹ Article L. 16 B du Livre de procédure fiscale.

⁹⁸² Articles 12, 13 et 14 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

321.- La mission des agents assermentés est de faire la preuve de représentation, d'exécution ou de diffusion illicite d'œuvres⁹⁸³. Pour ce faire, ils sont amenés à effectuer des contrôles. En dépit du serment prêté devant le juge du tribunal d'instance de leur résidence⁹⁸⁴, les agents assermentés exercent leur fonction sur tout le territoire français⁹⁸⁵. Cette possibilité renforce la célérité de la constatation de l'infraction puisque l'agent ne se trouve pas limité dans ses mouvements. En cas de soupçon d'infraction, il peut se déplacer n'importe où sans se préoccuper ou se poser préalablement la question de savoir s'il est compétent ou non pour agir dans tel endroit ou s'il serait préférable pour lui d'entrer en contact avec l'agent assermenté résident dans cette zone géographique.

322.- Le contrôle effectué par les agents assermentés se concrétise par le droit de communication. L'agent peut exiger la communication des documents ; c'est principalement le cas en matière cinématographique où toute personne « qui fait le commerce des vidéogrammes destinés à l'usage du privé que ce soit l'édition, la reproduction, la distribution, la vente, le louage, l'échange, à l'obligation de tenir des documents de nature à établir l'origine et la destination de ceux-ci »⁹⁸⁶. Mais lorsqu'il est déclenché, le droit de communication ne s'accompagne pas de prérogatives coercitives, c'est-à-dire les agents ne peuvent obtenir les documents exigés de manière forcée. La transmission de documents demandés dépend totalement de la bonne volonté de la personne contrôlée. Le risque est alors du refus systématique lorsque le support demandé serait susceptible de contenir la preuve de l'infraction. En vertu du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le droit de communication est une faculté et non une obligation. Lorsqu'elle estime que le document demandé est susceptible de l'incriminer, la personne concernée peut refuser de le fournir sans encourir aucune poursuite ou sanction. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, qui s'étend aux documents susceptibles d'établir la preuve de l'infraction⁹⁸⁷, rend toute relative le droit de communication.

⁹⁸³ A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 9.22., p. 427.

⁹⁸⁴ L'article 8 du décret du 26 septembre 1986 prévoit que les agents assermentés prêtent serment devant le juge du tribunal d'instance de leur résidence.

⁹⁸⁵ B. EDELMAN, *Droits d'auteur droits voisins, droits d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, n° 456, p. 340.

⁹⁸⁶ Colloque de l'IRPI, *Droit d'auteur et droits voisins ; la loi du 3 juillet 1985*, Librairies techniques, 1986, p. 194.

⁹⁸⁷ V. *supra* n° 313 et s.

323.- En cas de constatation d'infraction, tout agent assermenté peut dresser un procès-verbal, lequel fait foi jusqu'à la preuve contraire⁹⁸⁸. Dès lors, « le procès-verbal est dépourvu de tout caractère authentique, de sorte que la procédure en inscription de faux ne lui serait pas applicable ». ⁹⁸⁹ Il s'agit d'une protection pour tout agent assermenté de nature à faciliter l'exercice de sa mission. Il ne doit pas craindre de poursuites pour faux lorsque le procès-verbal s'avère établir des informations inexactes ou manifestement infondées. Dès lorsqu'il est convaincu de l'atteinte aux intérêts des auteurs et titulaires de droits voisins, il doit pouvoir les relater dans son procès-verbal. Il revient à la personne soupçonnée de contester le bien fondé du procès-verbal devant les instances compétentes sans possibilité de poursuite pour faux. L'agent assermenté semble bénéficier des mesures protectrices similaires aux personnes détentrices de fonction de surveillance ou de contrôle. C'est ainsi que l'inspecteur du travail ne peut être poursuivi du chef de faux en écriture lorsqu'il est établi la fausseté des informations contenues dans son procès-verbal. La seule possibilité pour le suspect est de contester la réalité de renseignements devant l'instance prud'homale⁹⁹⁰.

324.- Pour l'heure, la difficulté réside dans la constatation des infractions réalisées via Internet. Les agents assermentés sont contraints d'effectuer les contrôles par l'intrusion dans les sites. Toutefois, « la démultiplication des canaux de diffusion, grâce aux nouveaux vecteurs numériques, peut en effet rendre la connaissance de la fraude moins aisée »⁹⁹¹. C'est donc de façon aléatoire que l'infraction sur Internet peut être constatée. Dans ce domaine, la preuve de la matérialité de l'infraction se concrétise par le simple accès et visionnage des sites par les agents assermentés comme pourrait le faire tout utilisateur d'Internet⁹⁹². Il en va de même de la constatation visuelle et manuelle des infractions⁹⁹³. Cette consécration résulte des affirmations selon lesquelles les sites Internet ne constituent pas un domicile virtuel dont l'accès exige le consentement préalable.

⁹⁸⁸ Article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle.

⁹⁸⁹ B. EDELMAN, *Droits d'auteurs droits voisins, droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, n° 456, p. 340.

⁹⁹⁰ Cass. crim., 11 mars 2003, Bull. crim., n° 65.

⁹⁹¹ C. NGUYEN DUC LONG, *La numérisation des oeuvres aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec, 2001, n° 303, p. 174.

⁹⁹² Trib. Gran. Inst. PARIS, ord. réf., 14 août 1996, *D.* 1996. 490, note P.-Y GAUTIER ; *JCP* 1996, II, 881. 259, note B. EDELMAN ; *JCP* 1996, II, 22727, note F. OLIVIER et E. BARBRY ; *RTD Com.* janvier-mars 1997. 97, chron. A. FRANCON.

⁹⁹³ Cass. crim., 13 janv. 2009, *JCP G* 2009, I, 30, n° 12, obs. CH. CARON ; *Comm. com. électr.* 2009, comm.. 31, note CH. CARON et chron. 4, obs. X. DAVERAT.

325.- Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si l'adresse IP d'un internaute constitue une donnée à caractère personnel. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) considère que l'adresse IP constitue une donnée à caractère personnelle dès lors que celle-ci concerne des personnes physiques identifiées directement ou indirectement, donnant lieu à déclaration préalable auprès de la CNIL⁹⁹⁴, alors que la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que dans le cadre d'un téléchargement illicite d'œuvres musicales, l'adresse IP de l'internaute ayant procédé au téléchargement ne constitue pas une donnée à caractère personnel donnant lieu à déclaration préalable auprès de la CNIL⁹⁹⁵.

326.- En somme, les agents assermentés qui ne disposent pas de mesures coercitives voient toutefois l'exercice de leur fonction facilité et par le législateur et par la jurisprudence. Cette facilitation semble nécessaire pour appréhender les infractions portant atteinte aux intérêts des auteurs et titulaires de droits voisins. Il s'agit en fait d'adapter les procédures de constatation des infractions avec la singularité des agissements dans le domaine du droit d'auteur et droits voisins. La preuve des actes illicites reste encore difficile à obtenir. C'est la raison pour laquelle les acteurs privés jouent un rôle significatif dans le recueil de la preuve de l'infraction.

FORCE PROBANTE DU PROCES-VERBAL	
<p>SIMPLE RENSEIGNEMENT</p> <p>Droit de l'environnement : crimes et délits réprimés par le Code pénal (article 430 du Code de procédure pénale)</p>	<p>PREUVE CONTRAIRE</p> <p>Droit de la concurrence : article 46 de l'ordonnance du 1 décembre 1986 Droit du travail : article L. 8113-7 du Code du travail Droit fiscal : article 238 du Livre des procédures fiscales Droit douanier : article 336 du Code des douanes Droit d'auteur : article L. 331-2 du Code de la propriété intellectuelle Droit de l'environnement : en matière contraventionnelle (article 537 du Code de procédure pénale) ainsi qu'à l'égard des délits incriminés par les lois spéciales (article 431 du Code de procédure pénale)</p>

⁹⁹⁴ Communiqué CNIL, 2 août 2007.

⁹⁹⁵ Cass. crim., 13 janv. 2009, *JCP G* 2009, I, 30, n° 12, obs. CH. CARON ; *Comm. Com. électr.* 2009, comm.. 31, note CH. CARON et chron. 4, obs. X. DAVERAT.

SECTION II : LA PARTICIPATION CONTRAINTE DES ACTEURS PRIVÉS

327.- L'échange d'informations reposant sur la confiance mutuelle entre la police judiciaire et les acteurs privés est susceptible d'accélérer l'aboutissement de l'enquête policière. Sous réserve de faire preuve d'un minimum de vigilance, les acteurs privés ne peuvent inciter à la commission de l'infraction pour ensuite la dénoncer. Bien entendu, le droit pénal « n'édicte pas une obligation générale de délation à l'égard de toute personne que l'on sait coupable d'un crime présentant les caractères qu'il spécifie ; ce n'est pas l'identité ou le refuge du criminel qui doivent être portés à la connaissance des autorités, mais seulement le crime lui-même, afin de permettre à ces autorités de prendre les mesures propres à éviter qu'il achève de produire ses effets, ou qu'il soit suivi d'autres crimes »⁹⁹⁶. Il n'est donc pas discutable, en droit, que le devoir de révéler ne peut aboutir à une obligation générale de dénoncer⁹⁹⁷. Toujours est-il que la collaboration des acteurs privés constitue un puissant moyen d'éviter qu'ils prennent part à la commission de l'infraction. Il s'agit d'infractions de nature particulière et dont la contribution des acteurs privés apparaît indispensable dans leur détection. On comprend dès lors que non seulement la loi (§1) mais aussi la police judiciaire (§2) sollicitent leur concours.

§1. Le concours sollicité par la loi

328.- Le moins que l'on puisse dire est que certains professionnels peuvent, dans l'exercice de leur fonction, avoir connaissance de l'existence d'infractions. Doivent-ils alors les dénoncer ? Il convient de distinguer les personnes tenues au secret professionnel et celles qui ne le sont pas. La logique voudrait que les personnes non tenues au secret soient contraintes de dénoncer la connaissance de l'infraction. Les personnes couvertes par le secret professionnel seraient exclues du devoir de dénoncer. Tel n'est pas le trait des dispositions législatives. La loi sanctionne « le fait, pour une personne, qui a connaissance d'un crime dont il est possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont l'auteur est susceptible de commettre de nouveaux crimes, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou

⁹⁹⁶ Cass. crim., 2 mars 1961, Bull. crim., n° 137 ; *D.* 1962, Jur. p. 121, note P. BOUZAT ; *JCP* 1961, II, n° 12092, note J. LARGUIER ; Cass. crim., 26 févr. 1959, Bull. crim., n° 139 ; *D.* 1959, Jur. p. 301, *Rev. sc. crim.* 1959, p. 848, obs. HUGUENEY ; Cass. crim., 27 déc. 1960, Bull. crim., n° 624 ; *Rev. sc. crim.* 1961, p. 345, obs. HUGUENEY.

⁹⁹⁷ J.-P. BRODEUR et F. JOBARD, *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, Autrement, 2005, p. 88 et s.

administratives »⁹⁹⁸. Quelle que soit la situation, la non dénonciation d'un crime est sanctionnée. En revanche, en présence d'un délit prévaut « une option de conscience »⁹⁹⁹. La connaissance d'un fait susceptible de recevoir la qualification d'un délit semble laisser à la personne une liberté de choix : soit elle garde le silence, soit elle informe l'autorité compétente. L'obligation de déclarer les opérations suspectes est ainsi expressément prévue par la loi et les Conventions internationales. La détection des infractions ne peut être efficace que si un grand nombre d'acteurs privés est impliqué (A). Parallèlement est mis en place un créancier institutionnel de l'obligation déclarative (B).

A. L'implication généralisée des acteurs privés dans la détection d'infractions

329.- Le dispositif consistant à déclarer le soupçon s'est largement développé en élargissant le champ de ses débiteurs et les domaines. Dans le cadre initial de la lutte contre le blanchiment des capitaux¹⁰⁰⁰ et du financement du terrorisme, la liste d'acteurs privés assujettis à cette obligation déclarative n'a cessé de s'étendre depuis 1990 (1). Toutefois, cette extension soulève la question de la situation particulière des professionnels tenus au secret (2).

1. L'extension du champ de la déclaration de soupçon

330.- La recherche d'une plus grande transparence des mouvements financiers a permis la mise en place de mécanismes de détection et d'alerte des transactions portant sur des fonds d'origine douteuse. Au-delà des difficultés réelles que soulèvent le « montage d'ingénieries juridique et financière sophistiqués »¹⁰⁰¹, l'implication des acteurs privés dans la détection de certaines infractions tend à limiter le recours aux systèmes de transfert de capitaux difficilement indétectables¹⁰⁰². Les personnes susceptibles d'entrer en contact et de recevoir des fonds douteux sont à la source d'enquêtes et de poursuites pénales « en mettant en œuvre des systèmes de contrôle interne, et en déclarant aux organismes publics compétents les

⁹⁹⁸ Article 434-1, alinéa 1^{er} du Code pénal.

⁹⁹⁹ F. ALT-MAES, « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 301 ; CH. GUERY et CHOMIENNE, « Secret, révélation, abstention, ou les limites de la liberté de conscience du professionnel dans le nouveau code pénal », *ALD* 1995, comm. 85.

¹⁰⁰⁰ J. LASSERRE CAPDEVILLE, *La lutte contre le blanchiment d'argent*, L'Harmattan, Paris, 2006, p. 32 ; Y. GODIVEAU, « La lutte contre le blanchiment d'argent », *Lamy droit des affaires*, 2001, n° 37, n° 2318 ; « Lutte contre le blanchiment : know your custom ! », *Banque* juin 2005. 26 à 45.

¹⁰⁰¹ C. CUTAJAR, « Prévention du blanchiment et du financement du terrorisme : il y a urgence ! », *D.* 2006, Tribune, p. 1393.

¹⁰⁰² J.-F. THONY, « Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ? Quelques expériences nationales et internationales de confiscation des biens en matière de blanchiment ou de terrorisme », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 274.

opérations qui leur paraissent susceptibles de recouvrir des actes de blanchiment »¹⁰⁰³. Qui sont ces acteurs privés ?

331.- Il est à remarquer que le dispositif actuel étend tout à la fois le domaine de la déclaration de soupçon et le champ des acteurs privés assujettis. Cette extension, faite de façon progressive, résulte de la prise de conscience de risques engendrés par des mouvements de fonds. Circonscrite à certaines infractions d'une particulière gravité telles que le trafic de stupéfiants, la criminalité organisée, le financement du terrorisme et la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, l'obligation de déclaration de soupçon dépasse, pour l'heure, le cadre originellement fixé. En effet, le dispositif mis en place s'applique aux sommes ou opérations qui pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement du terrorisme¹⁰⁰⁴. Le cheminement qui a conduit à cet élargissement n'a pas été aisé.

332.- Tel qu'il résulte du dispositif initial, seules quelques professions, essentiellement financières, étaient concernées. Cette implication des organismes financiers remonte à la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant des stupéfiants¹⁰⁰⁵. Toutefois, la mise en place d'un tel dispositif génère des difficultés quant à l'infraction « originaire ». Initialement, étaient visées les transactions suspectées de se rapporter à une opération de blanchiment provenant uniquement du trafic de stupéfiants. Il a été avancé que les institutions financières devaient donc faire une « distinction entre le blanchiment d'argent provenant du trafic de drogue et le blanchiment des capitaux tirés d'autres activités »¹⁰⁰⁶. Pour éviter cette difficulté, le législateur a étendu l'infraction « originaire » au-delà du trafic de stupéfiants, aux organisations criminelles par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques¹⁰⁰⁷. Pour autant, il a été découvert « qu'au fur et à mesure que la réglementation anti-blanchiment à destination du secteur financier se développait, on assistait à un déplacement des secteurs

¹⁰⁰³ J. RIFFAULT, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 238.

¹⁰⁰⁴ Nouvel article L. 561-15, I, du Code monétaire et financier.

¹⁰⁰⁵ *JO* 14 juil. 1990, p. 2242 ; *JCP* 1990, III, n° 64043.

¹⁰⁰⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire, étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, 2006, n° 794, p. 602.

¹⁰⁰⁷ *JO* 30 janv. 1993, p. 1588 ; *JCP* 1993, éd. III, 65957.

d'activités exposés au risque d'être utilisés à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme »¹⁰⁰⁸.

333.- C'est pour protéger certaines professions vulnérables des influences des organisations criminelles que le législateur élargit tout à la fois le domaine de l'obligation déclarative et le champ des professionnels qui y sont astreints¹⁰⁰⁹. Il s'agit à la fois des professions financières et non financières. Ces professionnels doivent désormais déclarer au créancier de l'obligation déclarative, les sommes ou opérations inscrites dans leurs livres dont ils soupçonnent qu'elles pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an ou qui pourraient participer au financement du terrorisme¹⁰¹⁰. Sans oublier que les personnes autres que celles soumises à l'obligation légale de déclaration de soupçon qui, dans l'exercice de leur profession, savent que des opérations financières portent sur des sommes provenant d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an sont tenues de les déclarer au procureur de la République. Celui-ci en informe alors le créancier de l'obligation déclarative¹⁰¹¹.

334.- Il est à relever que jusqu'à l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, les opérations laissant présumer une infraction autre que celle

¹⁰⁰⁸ C. CUTAJAR, « La participation des avocats à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme après le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 », *D. chron.* p. 2104.

¹⁰⁰⁹ Tel est le cas de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, qui étend le dispositif aux courtiers d'assurances. La loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier étend le dispositif aux intermédiaires immobiliers. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intègre des professions non financières (casinos, marchands d'objet d'art, antiquités, pierres précieuses, commissaires-priseurs). La loi n° 2003-706 du 1 août 2003 intègre au dispositif les sociétés de gestion, conseils en investissement financiers. La loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques étend le dispositif aux professions du chiffre et du droit (experts-comptables, commissaires aux comptes, huissiers de justice, avocats, administrateurs et mandataires judiciaires) et intègre à l'obligation déclarative la corruption et la fraude aux intérêts financiers des communautés européennes. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité élargit le dispositif aux groupements, cercles, sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries et intègre le financement du terrorisme dans le champ de l'obligation déclarative. L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières intègre les intermédiaires en valeurs mobilières. La loi n° 2004-804 du 9 août 2004 relative au soutien à la consommation et à l'investissement élargit le dispositif aux institutions, unions de prévoyance et de gestion de retraites complémentaires. Enfin, l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme qui clarifie le dispositif dans un souci de cohérence, énumère dix sept catégories d'acteurs privés assujettis à l'obligation de déclaration (article L. 561-2 du Code monétaire et financier).

¹⁰¹⁰ Article L. 561-15, § 1 du Code monétaire et financier.

¹⁰¹¹ Article 2 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant des stupéfiants.

nommément désignée n'étaient pas assujetties à l'obligation de déclaration¹⁰¹². Cette ordonnance innove en retenant une conception élargie de l'infraction d'origine qui permet de dégager les capitaux illicites¹⁰¹³. Le dispositif ainsi prévu couvre un grand nombre d'infractions. Pour preuve la fraude fiscale, punie d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, est désormais couverte par le dispositif¹⁰¹⁴. Il est affirmé qu'« au regard de la jurisprudence de la Commission bancaire et du Conseil d'Etat, qui préconise de déclarer les soupçons dès lors qu'il n'y a pas de certitude que les sommes ou les opérations portent sur des sommes licites, il apparaît extrêmement difficile d'exclure toute fraude fiscale »¹⁰¹⁵. Cette innovation « sonne le glas de l'excuse fiscale et contraindra les établissements à procéder à des déclarations quasi systématiques, pour se prémunir contre le risque de voir leur responsabilité civile, disciplinaire, voire pénale engagée »¹⁰¹⁶. Le créancier de l'obligation déclarative devrait ainsi prendre des mesures raisonnables pour répondre et traiter une masse considérable de déclaration de soupçon¹⁰¹⁷. La simplification de la nature de l'infraction primaire pour les professionnels assujettis aurait pour corollaire la modification substantielle du fonctionnement du créancier de l'obligation déclarative¹⁰¹⁸. Mais à vrai dire, que doivent exactement déclarer les professionnels ?

335.- L'article L. 562-2 du Code monétaire et financier fait obligation aux professionnels désignés¹⁰¹⁹ de déclarer les soupçons. Or, il n'existe pas de définition légale du soupçon. L'absence de définition légale s'explique par le fait que « la philosophie du dispositif repose sur une démarche volontaire de la part des professionnels, fondée sur leur bonne connaissance du client et sur l'évaluation d'une opération donnée ». C'est dire que les professionnels au

¹⁰¹² J.-F. BARBIERI, « De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçons et inversement. Greffe d'une procédure confuse sur une infraction floue : le blanchiment de capitaux », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 33 et s.

¹⁰¹³ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La lutte contre le blanchiment : l'évolution des obligations du banquier », *AJ Pén. nov.* 2006, p. 433.

¹⁰¹⁴ Article L 561-15-II du Code monétaire et financier.

¹⁰¹⁵ C. CUTAJAR, « Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire (premières réflexions sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009) », *D.* 2009, p. 822.

¹⁰¹⁶ C. CUTAJAR, « Prévention du blanchiment et du financement du terrorisme : il y a urgence ! », *D.* 2006, Tribune, p. 1393.

¹⁰¹⁷ C. CUTAJAR, « Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire (premières réflexions sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009) », *D.* 2009, p. 822 : « le seul moyen de s'exonérer de la responsabilité étant, alors, de procéder à une déclaration de soupçon. Le risque de paralyser Tracfin était réel ».

¹⁰¹⁸ C. CUTAJAR, « Prévention du blanchiment et du financement du terrorisme : il y a urgence ! », *D.* 2006, Tribune, p. 1393.

¹⁰¹⁹ Article L. 561-2 du Code monétaire et financier.

cœur du dispositif sont invités à approfondir leur connaissance de la clientèle et à améliorer la surveillance des opérations qu'ils effectuent pour elle¹⁰²⁰.

En fait, le soupçon est « une impression subjective fondée sur des circonstances particulières propre à chaque situation »¹⁰²¹. Chaque professionnel apprécie chaque situation donnée sur la base de son expérience pour déterminer si les transactions suspectées se rapportent à une opération de blanchiment ou de financement des activités terroristes¹⁰²². Cet élément subjectif qu'est le soupçon explique l'absence de dénonciation systématique. En raison de la liberté d'appréciation, le choix opéré par le professionnel ne peut logiquement s'accompagner d'aucunes sanctions pénales ou civiles¹⁰²³. Seul le manquement grave au devoir de vigilance ou de carence dans l'organisation des procédures internes de contrôle qui peut donner lieu à des sanctions¹⁰²⁴. A titre d'exemple, le débiteur de l'obligation déclarative manque à son devoir de déclaration en cas de concertation frauduleuse avec le propriétaire des fonds ou l'auteur de l'opération¹⁰²⁵ ou encore lorsque la déclaration de soupçon n'est pas effectuée de bonne foi¹⁰²⁶. Par ailleurs, lorsque la dénonciation est effectuée, l'interdiction est faite, sauf exception¹⁰²⁷, de la divulguer¹⁰²⁸. La révélation de l'existence et du contenu de la déclaration est sanctionnée¹⁰²⁹.

¹⁰²⁰ J.-F. BARBIERI, « De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçons et inversement. Greffe d'une procédure confuse sur une infraction floue : le blanchiment de capitaux », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 34.

¹⁰²¹ S. PETRINI-JONQUET, *Politique criminelle en matière de blanchiment. De la lutte nationale aux obstacles internationaux*, Thèse, Nice, 1997, p. 211 ; H. ROBERT, « L'obligation de déclaration de soupçon », *LPA* 17 juil. 2008, p. 11 : « un soupçon est par essence une manifestation subjective, qui se nourrit de l'expérience acquise et de la vigilance quotidienne, ainsi que de l'appréhension des caractéristiques intrinsèques de l'opération ».

¹⁰²² R. GOUYET, « A propos du devoir de dénonciation des organismes bancaires », *LPA* 2003, n° 1-2, p. 4 ; PH. CONTE, « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », *JCP* 2005, I, 126.

¹⁰²³ H. ROBERT, « L'obligation de déclaration de soupçon », *LPA* 17 juil. 2008, p. 11 : « il incombe aux opérateurs et à eux seuls de décider de déclarer ou non leur suspicion de blanchiment face à une transaction ».

¹⁰²⁴ Article L. 561-36 du Code monétaire et financier.

¹⁰²⁵ Article L. 561-22 IV du Code monétaire et financier ; Cass. crim., 3 déc. 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 636, obs. E. FORTIS ; Cass. crim., 29 mars 2007, n° 06-84445 ; Cass. crim., 26 janv. 2005, n° 04-83972.

¹⁰²⁶ Article L. 561-22 II du Code monétaire et financier ; CE, 6^{ème} et 4^{ème} sous-section réunies, 3 déc. 2003, n° 244094.

¹⁰²⁷ L'interdiction de divulgation est levée en faveur : des autorités de contrôle, des ordres professionnels, du Conseil national des barreaux, de l'autorité judiciaire (article L. 561-19-II du Code monétaire et financier), des membres d'un groupe (article L. 561-20 du Code monétaire et financier), de certains professionnels participant à une opération commune (article L. 561-21 du Code monétaire et financier).

¹⁰²⁸ Article L. 561-19 du Code monétaire et financier.

¹⁰²⁹ La sanction encourue est une amende de 22 500 euros : articles L. 561-19, I et L. 574-1 du Code monétaire et financier.

336.- Alors que le système mis en œuvre aux Etats-Unis et en Australie repose sur un critère objectif¹⁰³⁰ : toutes les opérations doivent être déclarées au-delà d'un certain seuil. Aucune marge de manœuvre n'est laissée au débiteur de l'obligation déclarative dès lors que le critère fixé est rempli. La déclaration à l'autorité compétente est automatique dès que la réalisation de la transaction constitue habituellement un vecteur d'activités illicites¹⁰³¹. Ce système « présente l'avantage de l'exhaustivité, mais il a pour inconvénient d'imposer le traitement d'une masse considérable de transactions et peut être aisément contourné par la mise en place de parades telles que le fractionnement des dépôts ou schtroumpfage »¹⁰³².

337.- Loin d'être divergente, cette double approche de l'obligation déclarative, fondée sur le critère objectif et subjectif de soupçon, se révèle en réalité complémentaire¹⁰³³. En effet, le système mis en place en France repose non seulement sur un critère subjectif mais également sur un critère objectif ; la déclaration doit s'effectuer de façon systématique dès que le critère prédéterminé est rempli¹⁰³⁴. Le débiteur de l'obligation déclarative n'a aucune liberté d'appréciation. Ainsi, la déclaration systématique apparaît comme un complément nécessaire de la déclaration analytique. La conjugaison de cette double conception de l'obligation déclarative est centrale pour renforcer la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes. En somme, le système de la déclaration de soupçon serait unitaire, mais contiendrait une double approche pour surveiller toutes les activités suspectes. L'idée d'impliquer de façon généralisée les acteurs privés dans la détection des infractions soulève des interrogations quant au secret professionnel.

2. La compatibilité du mécanisme de déclaration de soupçon avec le secret professionnel

338.- Pour assurer la confiance dans l'exercice de certaines professions, s'applique le secret professionnel. Le particularisme de la déclaration de soupçon est de s'imposer également à

¹⁰³⁰ J. RIFFAULT, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 238 ; F. BERNARD, *Les contrôles internationaux mis en place pour lutter contre le blanchiment des capitaux*, Thèse, Toulouse, p. 244.

¹⁰³¹ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La lutte contre le blanchiment d'argent : l'évolution des obligations du banquier », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 429 et s ; *Le secret bancaire, étude comparé*, PUAM, 2006, n° 796, p. 606.

¹⁰³² J. RIFFAULT, *Le blanchiment de capitaux en droit comparé*, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 238.

¹⁰³³ J.-F. THONY, *Les mécanismes de traitement de l'information financière en matière de blanchiment de l'argent*, *RD pén. crim.* n° 11/ 96.

¹⁰³⁴ La déclaration systématique est prévue pour la fraude fiscale (article L. 561-15-II du Code monétaire et financier), en cas de doute sur l'identité du bénéficiaire (article L. 561-15 § IV du Code monétaire et financier), en cas de complément d'information (article L. 561-15 § V du Code monétaire et financier) pour des opérations avec certains Etats non coopératifs (article L. 561-15 § VI du Code monétaire et financier).

tous ceux auxquels leur profession impose l'obligation du secret en ce qui concerne les faits dont la connaissance leur est parvenue en raison de l'exercice de leur profession¹⁰³⁵. Or, « le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni un médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient pas assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié. Ce secret est donc absolu et d'ordre public »¹⁰³⁶. Pour cette raison, 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 est réprimée¹⁰³⁷. Cette observation conduit à considérer le secret comme une obligation de se taire et un droit au silence¹⁰³⁸. Le secret professionnel entre alors en conflit avec le devoir de parler. Partant, les professionnels tenus au secret ne peuvent participer au dispositif tendant à déclarer le soupçon d'infraction.

339.- L'enjeu du secret se situe dans les relations humaines au sein de la société, la certitude que « la confiance placée en ceux qui l'inspirent ne sera trahie »¹⁰³⁹. C'est une nécessité sociale de garantir « un pacte de confidentialité »¹⁰⁴⁰ dont le professionnel « ne peut ni s'affranchir, ni disposer, ni l'exploiter »¹⁰⁴¹. Le rapport entre les personnes se trouve garanti par le fait que la confiance que reçoit le professionnel est protégée par le secret. Toutefois, le secret professionnel ne peut-il pas être la source et la conséquence d'abus de la part des professionnels ? Il est clair que l'opacité de ces professions ne peut couvrir « le crime mafieux ; ni être un sanctuaire ; ni dissimuler le montage d'opérations illicites »¹⁰⁴². Les services notamment des banques peuvent être détournés sans doute à leur insu à des fins

¹⁰³⁵ Cass. crim., 17 juil. 1936, *DH* 1936, p. 494 ; Cass. crim., 12 avr. 1951, Bull. crim., n° 103 ; *D.* 1951, p. 363 ; Cass. crim., 24 janv. 1957, Bull. crim., n° 86 ; *D.* 1957, p. 298 ; *S.* 1957, p. 219 ; *Gaz. Pal.* 1957, 1, p. 412.

¹⁰³⁶ E. GARCON, Code pénal annoté, Sirey, 1952, art. 378, n° 50 et s.

¹⁰³⁷ Article 226-13 du Code pénal.

¹⁰³⁸ J.-L. BAUDOIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, L.G.D.J., 1965 ; F. ALT-MAES, « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 301 et s ; J.-M. VARAUT, « Secret et transparence », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 2, p. 1310.

¹⁰³⁹ Y. MAYAUD, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non dénonciation, ou le tribut payé à César », *D.* 2001, p. 3454.

¹⁰⁴⁰ J.-M. VARAUT et L. RUET, « Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires », *Gaz. Pal. Rec.* 1997, doct. p. 1054.

¹⁰⁴¹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, p. 15 et s.

¹⁰⁴² J.-M. VARAUT, « Secret et transparence », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 2, p. 1312.

d'activités illégales ; c'est en ce sens qu'ils sont les premiers à être reconnus comme la source d'enquêtes, une source indispensable à l'établissement de la preuve de l'infraction.

340.- Il apparaît aussi que la participation des professionnels à la prévention de blanchiment et du financement des activités terroristes est un puissant moyen d'éviter qu'ils prennent part à l'infraction. En effet, des individus n'hésitent pas à rechercher les services de professionnels pour faciliter leurs opérations financières¹⁰⁴³. Dès lors, le constat de l'existence d'une concertation frauduleuse se pose ; le professionnel connaissant l'origine frauduleuse des capitaux qu'il est chargé de placer, dans le but de voir accepter sa demande de placement, peut être amené à faire une déclaration mensongère¹⁰⁴⁴. Il serait immoral d'admettre que, sous prétexte du secret, le professionnel bénéficie d'un blanc seing dans la commission d'infractions. Le secret ne saurait constituer un facteur d'impunité. Une lutte efficace contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme nécessite l'instauration d'une dérogation au secret professionnel.

341.- La question se pose de savoir qui est acteur privé. L'avocat est-il un acteur privé comme les autres et, par conséquent, doit-il être soumis au même régime général de déclaration de soupçon ? Si l'avocat semble être considéré comme un acteur privé, il n'est cependant pas soumis au même régime de déclaration de soupçon que les autres acteurs privés. En effet, les avocats sont désormais tenus de déclarer à une autorité leurs soupçons de blanchiment et de financement du terrorisme¹⁰⁴⁵. Cependant, pour préserver leur indépendance et le respect du secret professionnel, le régime de cette obligation de dénonciation est dérogatoire. D'un côté, le périmètre de la dénonciation se trouve limité à certaines hypothèses. Aux termes de l'article L. 561-3, I du Code monétaire et financier, les personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2¹⁰⁴⁶ sont obligées de procéder à une déclaration de soupçon lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle :

¹⁰⁴³ C. CUTAJAR, « La participation des avocats à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme après le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 », *D.* 2006, chron. p. 2104.

¹⁰⁴⁴ C. CUTAJAR, note sous Cass. crim., 3 déc. 2003, *JCP* 2004, II, 10 066.

¹⁰⁴⁵ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La lutte contre le blanchiment d'argent : l'extension aux avocats du régime préventif de lutte contre le blanchiment d'argent », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 434 ; C. CUTAJAR, « La participation des avocats à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme après le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 », *D.* 2006, chron. p. 2104 ; B. PY, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pén.* 2004, p. 133 ; C. JUNCU, « Les dispositions de lutte contre le blanchiment des capitaux confrontées au secret professionnel de l'avocat et du notaire », *LPA* 14 juin 2005, n° 117, p. 4.

¹⁰⁴⁶ Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires.

1° Elles participent au nom ou pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire ;

2° Elles assistant leur client dans la préparation ou à la réalisation des transactions concernant :

- a) L'achat ou la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce,
- b) La gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client,
- c) L'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance,
- d) L'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés,
- e) La constitution, la gestion ou la direction des sociétés,
- f) La constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles 2011 à 2031 du code civil, ou de droit étranger, ou de toute autre structure similaire,
- g) La constitution ou la gestion de fonds de dotation.

342.- En revanche, sont exclues du champ de la déclaration de soupçon les informations qui ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur l'un d'eux, soit dans le cadre d'une consultation juridique sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ou si ces personnes y procèdent en sachant que leur client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, soit dans l'exercice de leur activité dans l'intérêt de ce client lorsque cette activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure. Seule la rédaction d'actes entre dans le champ d'application de l'obligation de déclaration. Le secret professionnel reste préservé pour l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et dans le cadre de la consultation juridique.

343.- D'un autre côté, lorsqu'il n'agit pas en qualité de fiduciaire, l'avocat est tenu de communiquer la déclaration de soupçon, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué¹⁰⁴⁷. Ces intermédiaires jouent le rôle de filtre. Aucune relation directe n'existe entre l'avocat et le créancier de l'obligation

¹⁰⁴⁷ Article L. 561-17, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier.

déclarative¹⁰⁴⁸. L'autorité destinataire transmet cette déclaration au créancier de l'obligation déclarative. Il ne s'agit pas d'une faculté mais d'une obligation ; l'autorité destinataire ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur la suite à donner. Toutefois, l'avocat agissant en qualité de fiduciaire ne bénéficie pas du régime dérogatoire¹⁰⁴⁹ ; il est tenu de déclarer le soupçon directement auprès du créancier de l'obligation déclarative¹⁰⁵⁰. Cette différence de régime selon la qualité de l'avocat n'est pas satisfaisante. Il est « vrai que la désignation d'un organisme d'autorégulation de la profession concernée, en tant qu'autorité à informer en premier en lieu et place de la cellule de renseignement financier, n'est qu'une faculté. Mais dès lors que l'ordonnance a fait le choix de désigner le président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit, comme destinataires de la déclaration de soupçon, ce choix n'est divisible et rien ne justifie que la déclaration émanant de l'avocat fiduciaire doive être transmise directement à tracfin »¹⁰⁵¹.

344.- Enfin, l'avocat bénéficie du droit de dissuader de la réalisation des activités illégales¹⁰⁵². Ce droit ne doit pas être confondu avec l'interdiction de divulgation de l'existence et du contenu de la déclaration, laquelle s'impose également à l'avocat. La dissuasion s'effectue en amont de la déclaration. Lorsque l'avocat a connaissance d'une activité illégale qui n'est pas encore entrée dans sa phase d'exécution, il peut s'efforcer d'éviter sa réalisation. Libre à la personne de suivre ou non les conseils. Lorsque la personne décide, malgré la mise en garde de l'avocat de l'illégalité de l'activité, la réalisation de celle-ci, l'avocat n'a pas d'autre choix que de la dénoncer auprès du destinataire de la déclaration de soupçon. Une fois la déclaration effectuée, l'avocat ne peut informer son client qu'il a procédé à une déclaration de soupçon. Si tel est le cas, l'avocat méconnaît le devoir de confidentialité. La transgression de l'interdiction de divulgation est sanctionnée¹⁰⁵³.

345.- En tout cas, la participation des avocats dans la détection de blanchiment et de financement du terrorisme a fait l'objet de critiques sévères de la part de la profession,

¹⁰⁴⁸ L'exigence d'une relation indirecte entre les avocats et le créancier de l'obligation déclarative a été affirmée par le Conseil d'Etat : CE, 10 avr. 2008, *D.* 2008, Jur. p. 2322.

¹⁰⁴⁹ Article L. 561-17, alinéa 3 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵⁰ Article L. 561-26, II du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵¹ C. CUTAJAR, « Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire (premières réflexions sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009) », *D.* 2009, p. 827.

¹⁰⁵² Article L. 561-19, I du Code monétaire et financier.

¹⁰⁵³ V. *supra* n° 335.

accusant ces dispositions de remettre en cause certains droits fondamentaux notamment l'absolutisme du secret professionnel ainsi que leur indépendance, ou encore les difficultés qu'elles engendrent dans leur mise en application¹⁰⁵⁴. Dans une motion adressée au Parlement européen le 21 avril 2006, le Conseil national des barreaux a demandé « d'inclure dans la troisième directive la nécessaire indépendance de l'avocat vis-à-vis de tous, et d'exclure les avocats de toute obligation déclarative d'opération suspecte, de transmission à des tiers d'informations obtenues à l'occasion de leur activité professionnelle et plus généralement de toute forme de coopération directe ou indirecte avec l'Etat. En contrepartie, le Conseil s'engage à prendre des mesures visant à protéger la profession d'avocat des influences de la criminalité organisée et à l'associer à la lutte contre le blanchiment des capitaux par le biais de l'adoption d'un code de conduite »¹⁰⁵⁵. Saisie de la question, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'obligation de déclaration de soupçon incombant aux avocats dans le cadre de la lutte contre le blanchiment est conforme à l'article 8 de la Convention européenne¹⁰⁵⁶. Avec cette extension du champ de la déclaration de soupçon, l'obligation de dénonciation s'appliquant en matière de blanchiment et de financement du terrorisme ne tend-elle pas à se transformer en une obligation générale de dénonciation pour les professionnels dans l'unique dessein d'éviter d'éventuelles poursuites ?

346.- Par ailleurs, il est à noter que si les professionnels sont devenus des auxiliaires de la répression, la police judiciaire n'est pas placée au cœur du dispositif ; elle n'a pas compétence pour recueillir les déclarations de soupçon. Qui est donc le créancier de cette obligation déclarative appréciant sa transmission aux autorités judiciaires ?

B. Le créancier institutionnel de l'obligation déclarative

347.- Il serait logique que le créancier de l'obligation déclarative soit la police judiciaire, dotée d'une compétence générale en matière de constatation de l'infraction et de rassemblement de la preuve. Le problème est que la police judiciaire se trouve court-circuitée

¹⁰⁵⁴ Conseil National des Barreaux, rapport présenté par M. BEAUSSIER, *Gaz. Pal.* 2004, doctr. p. 2974 ; « Dix questions aux 181 bâtonniers de France », *Lamy Droit des affaires*, 2006, n° 4, p. 66 ; B. PY, Secret professionnel : le syndrome des assignats, *AJ Pén.* 2004, p. 140 et s ; B. VATIER, « Europe : de sombres nuages dans le ciel de la démocratie », *La tribune*, 29 juin 2005, p. 36 ; J.-Y. LEBORGNE, « La déclaration de soupçon, une délation culturellement contre-nature », *Gaz. Pal.* 23-24 janv. 2004, p. 28.

¹⁰⁵⁵ C. CUTAJAR, « La participation des avocats à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme après le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 », *D.* 2006, Tribune, p. 1393 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, La lutte contre le blanchiment d'argent : l'extension aux avocats du régime préventif de lutte contre le blanchiment d'argent, *AJ Pén.* nov. 2006, p. 436.

¹⁰⁵⁶ CEDH, 6 déc. 2012, Michaud c/ France, n° 12323/11.

par un organisme administratif sous tutelle à savoir TRACFIN (traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), et ce malgré la présence des policiers au sein de ce service. Son action repose sur la transformation de la déclaration de soupçon en une présomption d'infraction (1), sans oublier son droit d'échanger des informations tant sur le plan national qu'international (2).

1. TRACFIN : de l'obligation de déclarer à la présomption d'infraction

348.- Le traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) a été créé par la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants. Il s'agit d'une autorité administrative sous tutelle, en ce sens que ce service est placé sous l'autorité du ministre de l'Economie et des finances et du ministre du budget¹⁰⁵⁷. Dans d'autres pays, cette autorité peut être administrative indépendante¹⁰⁵⁸, policière¹⁰⁵⁹, ou encore judiciaire¹⁰⁶⁰. Si cette différence de nature du créancier de l'obligation déclarative ne soulève pas de difficultés notables sur le plan national, c'est au niveau international que les obstacles apparaissent, « empêchant parfois un échange efficace et souple des informations »¹⁰⁶¹.

349.- Le service TRACFIN est composé de 84 agents, travaillant pour la plupart au sein du département des enquêtes et du département de l'analyse, du renseignement et de l'information¹⁰⁶². Parmi ces agents, trois officiers de liaison, issus de la gendarmerie, police et Autorité de contrôle prudentiel, sont mis à disposition au sein du service. Dans le cadre de sa mission de lutte contre le blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme, le service TRACFIN filtre les informations qu'elle recueille avant de les porter à la connaissance de l'autorité judiciaire. Seules les informations susceptibles de qualification pénale sont transmises au procureur de la République territorialement compétent.

¹⁰⁵⁷ C'est également les cas de FinCEN américain et AUSTRAC australien.

¹⁰⁵⁸ C'est le cas de la cellule de traitement des informations financières belge (CTIF) et le MOT hollandais.

¹⁰⁵⁹ Le National Criminal Intelligence Service (NCIS) britannique.

¹⁰⁶⁰ Au Portugal, les déclarations de soupçon sont adressées au procureur général lui-même assisté d'un service de police spécialisé.

¹⁰⁶¹ J. RIFFAULT, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 242.

¹⁰⁶² Ces agents sont essentiellement issus des directions des ministères financiers (direction générale des finances publiques, direction générale des douanes et droits indirects et direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes). Il y a un magistrat en détachement occupant les fonctions de conseiller juridique, assisté par un magistrat adjoint.

350.- Pour éviter des transmissions trop nombreuses aux services répressifs, la déclaration doit répondre à certaines obligations¹⁰⁶³. Dès réception, cette instance trie et analyse ces informations. La finalité de l'enquête administrative est la transformation du soupçon en présomption d'infraction. Le service TRACFIN dispose alors d'importants pouvoirs. Il peut solliciter auprès des professionnels assujettis la communication de toute pièce ou document relatif à une opération, soit pour reconstituer suite à la réception d'une déclaration qu'il en soit ou non l'émetteur, l'ensemble des transactions suspectes effectuées par une personne physique ou morale¹⁰⁶⁴. La vocation de TRACFIN est en premier lieu de vérifier la réalité du soupçon. Les informations reçues peuvent se révéler insuffisantes. Il peut sembler nécessaire de les compléter voire de renseigner les cellules de renseignements financiers étrangers. Cette possibilité offerte renforce ses capacités d'expertise financière.

351.- En outre, il dispose d'un droit d'opposition de deux jours sur l'opération portée à sa connaissance, et l'autorise après avis du procureur de la République de Paris à saisir le président du Tribunal de grande instance de Paris d'une requête aux fins de proroger ce délai ou d'ordonner le séquestre provisoire des fonds, comptes ou titres concernés par la déclaration¹⁰⁶⁵. Il est avancé que ces prérogatives lui permettent « de bâtir des dossiers financiers documentés après une analyse approfondie de tous les éléments disponibles sur une transaction douteuse »¹⁰⁶⁶. Pour cette raison, les administrations de l'Etat, les établissements publics, des organismes de sécurité sociale peuvent lui communiquer toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission¹⁰⁶⁷. La déclaration de soupçon peut s'effectuer sous forme écrite ou orale¹⁰⁶⁸, le service TRACFIN s'attache non seulement à préserver l'anonymat du déclarant, mais également à protéger les informations confidentiellement reçues. Lorsque le travail d'enquête a permis de passer du soupçon à la présomption d'infraction, les faits sont communiqués aux parquets. Les qualifications émises par le service TRACFIN aux faits dénoncés ne lient pas le procureur de la République territorialement

¹⁰⁶³ Une synthèse retraçant les éléments clefs de la déclaration, la motivation du soupçon et l'analyse détaillée des faits, l'identification de l'entité déclarante, les éléments d'identification des personnes parties prenantes à l'opération.

¹⁰⁶⁴ Article L. 561-26 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁶⁵ Article L. 561-25 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁶⁶ TRACFIN, Rapport d'activité, 2002, p. 5.

¹⁰⁶⁷ Article L. 561-27 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁶⁸ Article L. 561-8 et R. 561-31 du Code monétaire et financier.

compétent¹⁰⁶⁹. Cette transmission aux parquets peut conduire le service TRACFIN à porter à la connaissance du professionnel une note d'information sur sa déclaration de soupçon¹⁰⁷⁰.

352.- Il est à noter que le nombre de déclarations de soupçon n'a cessé d'augmenter depuis l'installation de cette instance. Ces dernières années, on comptait 1 704 en 1999, 2 529 en 2000, 4 639 en 2001, 8 719 en 2002, 9 019 en 2003, 10 842 en 2004, 11 553 en 2005¹⁰⁷¹. Ce chiffre est passé à l'heure actuelle à plus de 12 000 déclarations. Même si le secteur bancaire reste prédominant, cette évolution montre l'implication de l'ensemble des professionnels assujettis à déclarer son soupçon¹⁰⁷². Cependant, le taux de transmission à l'autorité compétente de présomption de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme demeure relativement faible¹⁰⁷³. Cette situation se retrouve également dans la plupart des pays étrangers¹⁰⁷⁴. Ce qui revient à déduire que les investigations menées par le service TRACFIN s'apparentent à un véritable travail d'enrichissement de la déclaration. L'efficacité de l'enquête et de la poursuite pénale repose sur la preuve de l'infraction. Ainsi, des lourdes exigences s'imposent à TRACFIN : il doit tout mettre en œuvre pour établir la réalité des opérations. Ces considérations lui octroient la faculté d'échanger les informations tant au niveau national qu'international.

2. Le développement des échanges d'informations

353.- La loi ne limite pas le domaine d'intervention de TRACFIN à la seule réception des déclarations de soupçon. La prise en compte de l'éclatement de transactions suspectes et du facile franchissement des frontières aboutit à une véritable coopération tant sur le plan national qu'international¹⁰⁷⁵. Cette coopération repose sur l'échange de renseignements : TRACFIN peut communiquer ou recevoir auprès d'autres organismes des informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Les informations recues doivent répondre à la finalité de sa mission ; TRACFIN a reçu pour mission de lutter contre le blanchiment des capitaux et le

¹⁰⁶⁹ H. ROBERT, « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 437 et s.

¹⁰⁷⁰ Article L. 561-30 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁷¹ Source : TRACFIN, Rapport d'activité 2011, p. 41.

¹⁰⁷² Source : TRACFIN, Rapport d'activité 2011, p. 42 et s.

¹⁰⁷³ Entre 1997 et 2002, 983 dossiers ont été transmis sur 15495 déclarations, soit 6,34%. En 2011, 495 dossiers ont été transmis par Tracfin, contre 404 en 2010, soit une hausse de 23% : Source : TRACFIN, Rapport d'activité 2011, p. 60 et s.

¹⁰⁷⁴ A. VALLINI, *Rapport, Assemblée nationale*, 2000, n° 2309 : « 6,89% pour la CTIF belge, 10,79% pour le MOT hollandais ».

¹⁰⁷⁵ Article 22 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990.

financement du terrorisme. Lorsque les informations recueillies concernent d'autres infractions, TRACFIN est alors tenu de les transmettre auprès des autorités compétentes. Jusqu'à l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, la diffusion de renseignements par TRACFIN n'était pas générale. Seules certaines administrations intéressées pouvaient recevoir les renseignements détenus par le service TRACFIN. En effet, au niveau national, l'ancien article L. 563-5 du Code monétaire et financier limitait la communication des notes d'informations reçues par le service TRACFIN seulement aux autorités de contrôle, aux services douaniers et aux officiers de police judiciaire de l'office central pour la répression de la grande délinquance financière. L'échange d'informations entre ces diverses autorités s'avère nécessaire à l'accomplissement de leur fonction. En principe, aucun détournement de l'utilisation de renseignement n'est possible. Il serait inimaginable que ces organismes fassent un usage autre que celui pour lequel les informations ont été obtenues. Si cela venait à se produire, ces institutions détourneraient leur mission légale.

354.- Les échanges d'informations peuvent intéresser l'administration fiscale aux fins de poursuites. Il peut arriver que le délit de blanchiment ait un lien avec l'infraction de fraude fiscale. Exclue des institutions susceptibles de se voir communiquer de tels renseignements, l'administration fiscale ne pouvait en principe fonder aucune poursuite sur les informations et documents non accessibles pour elle. Une certaine barrière était installée entre un nombre limité d'organismes habilités à recevoir des informations confidentielles et d'autres organismes non habilités mais intéressés par ces renseignements. Il est à noter, cependant, que cette barrière ne constitue pas un obstacle infranchissable surtout pour l'administration fiscale¹⁰⁷⁶. Les informations susceptibles d'être transmises par le service TRACFIN dans le cadre de sa mission au magistrat compétent pourraient être exploitées par l'administration fiscale¹⁰⁷⁷. En effet, l'alinéa 2 de l'article 40 du Code de procédure pénale qui s'impose à TRACFIN dispose que « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les

¹⁰⁷⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droits français et suisse », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 238 ; *Secret bancaire. Etude de droit comparé (France- Suisse-Luxembourg)*, PUAM, 2006, n° 800, p. 609.

¹⁰⁷⁷ R. GOUYET, « A propos du devoir de dénonciation des organismes bancaires », *LPA* 2003, n° 1-2, p. 4.

renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Du fait de sa nature administrative, Les fonctionnaires de cette autorité sont tenus de dénoncer au procureur de la République les crimes et les délits dont ils ont acquis la connaissance dans le cadre de leur mission légale¹⁰⁷⁸. Dès réception de cette dénonciation, le procureur de la République porte à la connaissance de l'administration fiscale les informations susceptibles de faire présumer une fraude fiscale, ce qui est tout à fait envisageable eu égard à la particularité de l'infraction générale de blanchiment. Ainsi, les informations recueillies par le service TRACFIN peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles leur ont été communiquées, contribuant à une lutte efficace contre toute forme de délinquance.

Enfin, depuis l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, une relation directe existe entre le service TRACFIN et l'administration fiscale. Cette dernière peut recevoir directement auprès du premier, des informations sur des faits susceptibles de relever de l'infraction de fraude fiscale ou du blanchiment du produit de cette infraction¹⁰⁷⁹. Cette suppression de barrière apparaît comme un facteur de la célérité de la procédure : en raison d'un partage direct des informations recueillies, les investigations peuvent rapidement être diligentées. La célérité de la procédure est source de renforcement de la lutte contre les infractions à connotation financière. Ce qui semble également être le cas sur le plan international.

355.- Au niveau international, pour lutter efficacement contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, les Etats ont organisé une coopération par la mise en place des cellules de renseignements financiers¹⁰⁸⁰. Sous conditions de réciprocité et de confidentialité, le service TRACFIN peut échanger avec ses homologues étrangers, exerçant des compétences analogues, des informations relatives à des sommes ou opérations qui paraissent avoir pour objet le blanchiment des capitaux ou le financement du terrorisme¹⁰⁸¹. « Une demande de renseignement ou une information spontanée émanant d'une cellule de renseignement financier étrangère équivaut pour TRACFIN à une déclaration de soupçon »¹⁰⁸². Cette coopération est un moyen d'enrichir ou de compléter la collecte des renseignements. Afin de

¹⁰⁷⁸ H. ROBERT, « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 439.

¹⁰⁷⁹ Article L. 561-29 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁸⁰ On compte plus de 101 cellules de renseignements financiers dans le monde entier. Cette coopération se fonde soit sur des conventions multilatérales soit sur des conventions bilatérales.

¹⁰⁸¹ Article L. 561-31 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁸² Source : TRACFIN, Rapport d'activité 2011, p. 76.

répondre à une demande de renseignement, ces services peuvent exercer leur droit de communication auprès des professionnels désignés par la loi¹⁰⁸³. Il semble que la difficulté majeure à une coopération rapide et efficace repose sur la nature différente de ces cellules de renseignement financier. Il est permis d'avancer que si les échanges se font entre les autorités de natures différentes, la coopération serait difficile et la transmission des informations se ferait de manière tardive, constituant un obstacle à la conduite des enquêtes¹⁰⁸⁴. Pour éviter cette éventualité, ces différents services ne devraient pas tenir compte de leur nature particulière, mais de leur objectif commun : la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Par ailleurs, afin de faciliter l'obtention des preuves, la police peut également solliciter le concours des acteurs privés.

§2. Le concours sollicité par la police judiciaire

356.- Au regard des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, les acteurs privés peuvent être la clé susceptible d'ouvrir la porte de la vérité. La police judiciaire ne saurait, dès lors, se passer d'eux. Notons à cet égard, cependant, que la crainte de l'utilisation abusive des membres de la société civile par la police judiciaire dans la recherche de la preuve a été soulevée. La nécessaire facilitation dans le recueil de la preuve encourage, du moins favorise une véritable collaboration. Il reste que, de façon évidente, certaines personnes peuvent décliner l'invitation policière en refusant toute participation dans l'investigation. Pourtant, leur soutien peut s'avérer capital dans l'aboutissement rapide de l'enquête. Le refus des acteurs privés de répondre favorablement à l'invitation policière constitue non seulement une limite à cette collaboration, mais également un frein à la résolution rapide de l'enquête policière. Pour cette raison, afin d'éviter tout retard dans les investigations policières, la police judiciaire dispose d'un droit de réquisition (A) et du droit de convoquer toute personne susceptible de fournir des renseignements (B).

¹⁰⁸³ J. RIFFAULT, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 241.

¹⁰⁸⁴ J. RIFFAULT, « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 242.

A. Le droit de réquisition

357.- La réquisition peut se définir comme « l'acte permettant à un officier de police judiciaire de solliciter et d'obtenir d'une personne une prestation d'ordre intellectuel ou matériel »¹⁰⁸⁵. Elle a pour finalité de vaincre une éventuelle réticence. La personne requise n'a pas d'autre choix que de répondre favorablement à la demande policière sous peine de sanction. Au cours des investigations, la police judiciaire obtient le concours des acteurs privés par le biais de la communication, remise des éléments de preuve (1) et le recours d'une personne qualifiée pour servir les intérêts de l'enquête (2).

1. La remise des éléments intéressant l'enquête

358.- Le droit de réquisition accorde à la police judiciaire le droit de demander à une personne de lui remettre des documents. L'exercice de ce droit varie : dans le cadre de l'enquête de flagrance, la police judiciaire peut procéder d'office¹⁰⁸⁶ alors que dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'initiative policière est soumise à l'autorisation judiciaire¹⁰⁸⁷. Dans ce dernier cas, le recours à ce moyen d'investigation sans l'obtention préalable de l'autorisation du procureur de la République est une cause de nullité de la procédure¹⁰⁸⁸.

359.- Le droit de réquisition concourt à la participation contrainte des acteurs privés dans la recherche de la preuve au moyen de la communication des éléments intéressant l'enquête¹⁰⁸⁹. C'est ainsi que l'officier de police judiciaire peut requérir « toute personne, tout établissement ou organisme privé ou public ou toute administration publique » de lui remettre des documents y compris ceux issus d'un système informatique intéressant l'enquête, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, le secret professionnel. La personne requise est tenue de déférer à cette réquisition. Le fait de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à cette réquisition est puni d'une amende de 3750 euros. Une personne morale est pénalement responsable¹⁰⁹⁰. Toutefois, lorsque les réquisitions s'adressent aux personnes des articles 56-1

¹⁰⁸⁵ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 721, p. 518.

¹⁰⁸⁶ Article 60-1 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁸⁷ Article 77-1-1 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁸⁸ Cass. crim., 16 sept. 2003, Bull. crim., n° 160 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, Bull. crim., n° 187 ; Cass. crim., 1 sept. 2005, Bull. crim., n° 211 ; *Procédures* nov. 2005, obs. J. BUISSON ; *D.* 2005, IR, 2549 ; *JCP* 2005, IV, 3190 ; *AJ Pén.* 2005, 419 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 184.

¹⁰⁸⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 714, p. 488.

¹⁰⁹⁰ Article 60-1 du Code de procédure pénale.

à 56-3 du Code de procédure pénale¹⁰⁹¹, la remise des documents n'intervient qu'avec leur accord¹⁰⁹². A vrai dire, « l'option de conscience » est laissée à la disposition des personnes dont les locaux sont protégés. Elles sont libres de répondre favorablement ou défavorablement à une telle réquisition¹⁰⁹³. Si elles opposent un refus, elles sont susceptibles de subir une perquisition pouvant se faire sans leur consentement dans le cadre de l'enquête de flagrance et avec leur consentement dans le cadre de l'enquête préliminaire, sous réserve de l'application de l'article 76 du Code de procédure pénale, permettant sur décision du juge des libertés et de la détention, de passer outre cet assentiment pour les infractions punies d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans.

360.- S'agissant des réquisitions qui ont pour objet et finalité d'identifier l'origine d'informations reçues par des journalistes, la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 tend à renforcer la protection des sources des journalistes¹⁰⁹⁴. L'article 2, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 énonce qu'« il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi ». En d'autres termes, lorsque les réquisitions portent atteinte au secret des sources, le juge saisi d'une requête en nullité doit vérifier que l'atteinte au secret des sources est justifiée par un impératif prépondérant d'intérêt public, et cette mesure est nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi. Ces deux conditions sont cumulatives.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a réaffirmé ces exigences. Suite à la publication, dans le journal *Le Monde*, d'un article rendant compte les investigations effectuées dans une enquête, la personne concernée dépose plainte pour violation du secret professionnel et violation du secret de l'enquête auprès du procureur de la République. Celui-

¹⁰⁹¹ Journalistes, avocats, huissiers, notaires, médecins...

¹⁰⁹² Journalistes, avocats, huissiers, notaires, médecins...

¹⁰⁹³ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Paradigme, 2012, n° 166, p. 84 : « s'ils refusent, ils ne commettent pas l'infraction de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à des réquisitions judiciaires. S'ils acceptent, ils trouvent dans leur accord un fait justificatif de la commission de violation du secret professionnel ».

¹⁰⁹⁴ P. AUVRET, « Commentaire de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes », *Comm. Com. électr.* avr. 2010, étude 8 ; A. CHAVAGNON, « La protection des sources des journalistes : la décevante loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 », *D.* 2010, p. 275 ; J. BOSSAN, « La protection des sources des journalistes en procédure pénale », *Dr. pén.* juil. 2010, étude 14 ; E. DREYER, « Secret des sources des journalistes : à propos de la loi du 4 janvier 2010 », *JCP* 2010, n° 3, p. 40 ; J. BUISSON, « Protection du secret des sources des journalistes », *Procédures* 2010, comm. 45 ; N. FRICERO, « Sources journalistiques : un secret bien gardé ! », *Gaz. Pal.* 21 janv. 2010 ; E. DERRIEUX, « Secret des sources des journalistes : à propos de la loi du 4 janvier 2010 », *JCP* 2010, n° 3, 18 jnv. 2010, p. 40.

ci ouvre une enquête préliminaire et autorise les officiers de police judiciaire à obtenir, par voie de réquisitions prises en application de l'article 77-1 du Code de procédure pénale auprès des opérateurs de téléphonie, l'identification des numéros de téléphone des correspondants des journalistes auteurs de l'article. Les policiers, en possession de l'ensemble de ces documents, procèdent à l'exploitation des relevés d'appels, effectuent des regroupements et recoupements, ceux qui leur ont permis de mettre en évidence les contacts des journalistes susceptibles d'être impliqués dans une éventuelle violation du secret professionnel et de celle de l'enquête. Le procureur de la République ouvre une information judiciaire pour violation du secret professionnel. Les juges d'instruction désignés saisissent la chambre de l'instruction pour statuer sur la régularité de la procédure. La chambre de l'instruction prononce l'annulation des réquisitions adressées et des pièces dont elles étaient le support nécessaire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision tant au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'au regard de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 en considérant que l'atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi¹⁰⁹⁵. L'exigence de proportionnalité entre l'atteinte au secret des sources et l'infraction poursuivie écarte le recours à des réquisitions afin d'identifier la source d'un journaliste dans une enquête portant sur des faits de violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction¹⁰⁹⁶.

Le droit de réquisition, qui renforce l'efficacité des investigations policières, doit s'exercer dans le respect de la loi. Sauf exception, tout élément de preuve intéressant l'enquête se trouvant sous main des acteurs privés doit être remis à la police judiciaire, même s'il s'agit des données informatiques.

361.- Un policier se trouve, sauf exception, dans l'incapacité de lire les informations contenues dans les systèmes informatiques. Or, avec le développement sans précédent des

¹⁰⁹⁵ Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n° 248 ; J.-H. ROBERT, « Du secret des sources à la réquisition des fadettes », *JCP* 2011, 1099 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Le secret de l'enquête doit céder devant le secret des sources du journaliste », *Procédures* févr. 2012, comm. 47 ; S. LAVRIC, « Fadettes du Monde: violation du secret des sources », *D.* 2012, p. 17.

¹⁰⁹⁶ D'ailleurs, la circulaire d'application n° CRIM-10-2/E8 du 20 janvier 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 précise que si l'exigence de proportionnalité entre l'atteinte au secret des sources et l'infraction poursuivie exclut par exemple le recours à des perquisitions ou des interceptions téléphoniques afin de découvrir la source d'un journaliste dans une enquête portant sur des faits de violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, ou de recel de ces délits, mais permet ces mesures dans des procédures portant sur des faits de criminalité organisée ou de terrorisme.

nouvelles technologies, la preuve des nombreuses infractions s'avère cachée dans ces systèmes. Seuls les spécialistes peuvent comprendre et avoir accès à ces informations. La police judiciaire n'a pas d'autre moyen que de faire appel à ces professionnels. Ainsi, l'officier de police judiciaire intervenant par voie télématique ou informatique peut demander aux organismes publics ou aux personnes morales de droit privé de mettre à sa disposition les informations utiles à la manifestation de la vérité à l'exception de celles protégées par un secret prévu par la loi¹⁰⁹⁷. La réquisition informatique permet de retracer l'ensemble des opérations effectuées par l'intermédiaire d'un outil informatique. Ce dernier, s'il encourage la commission des infractions, facilite la preuve de l'infraction. La traçabilité des données informatiques contribue à la connaissance certaine de toutes les infractions commises à partir d'une date fixée. C'est pourquoi l'absence de réponse de la part du requis est, sauf exception, constitutive d'un délit puni de 3 750 euros d'amende¹⁰⁹⁸.

362.- Par ailleurs, un officier de police judiciaire peut, sur réquisition du procureur de la République ayant reçu l'autorisation du juge des libertés et de la détention, requérir des opérateurs de télécommunications, de prendre, sans délai, toutes mesures propres à assurer la préservation, pour une durée ne pouvant excéder un an, du contenu des informations consultées par les personnes utilisatrices fournis par les opérateurs¹⁰⁹⁹. Alors même que la loi fait obligation à ces opérateurs d'effacer ces informations au-delà d'un certain délai, la police judiciaire peut revenir sur cette décision en exigeant leur conservation. L'intimité de la personne semble être remise en cause. Cependant, pour éviter toute dérive, l'initiative d'une telle réquisition relève de la décision du procureur de la République ayant reçu préalablement l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Cet encadrement autorise une immixtion dans l'intimité de la vie de la personne mise en cause.

363.- Cette immixtion est également possible dans le cadre la lutte contre le terrorisme. La police judiciaire a le droit de procéder à des réquisitions téléphoniques aux fins d'obtenir des opérateurs téléphoniques, les données que ceux-ci doivent conserver et traiter¹¹⁰⁰. L'exercice du droit de réquisition ne contribue pas seulement à la participation des acteurs privés dans la recherche de la preuve, mais aussi porte atteinte à certains droits des mis en cause, en

¹⁰⁹⁷ Article 60-2 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁹⁸ Article 60-2, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁹⁹ Article 60-2, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹¹⁰⁰ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : *JO* 24 janv. 2006, p. 1129.

particulier le droit à la vie privée. La police judiciaire doit tout mettre en œuvre pour obtenir la preuve de l'infraction. Le recours aux acteurs privés devient un moyen parmi tant d'autres de recueillir la preuve. Un moyen tant matériel qu'intellectuel.

2. Le recours à une personne qualifiée

364.- Les connaissances techniques et scientifiques peuvent, dans certains cas, s'avérer nécessaire à la découverte d'indices intéressant l'enquête policière en cours. Etant donné que la police judiciaire ne les possède pas, pour éviter tout dépérissement de preuve, elle est tenue de solliciter le concours de ces spécialistes par voie de réquisition. A titre d'exemple, la réquisition à personne qualifiée peut concerner un directeur de laboratoire scientifique¹¹⁰¹, un administrateur judiciaire¹¹⁰² ou des agents publics tels que les agents des douanes, des impôts ou de l'administration fiscale qui peuvent être requis, en cas de besoin, par l'officier de police judiciaire pour prêter leur concours à l'enquête¹¹⁰³.

365.- Depuis longtemps, le pouvoir de l'officier de police judiciaire de prescrire un tel acte était conditionné. Seules étaient autorisées des constatations qui ne pouvaient être différées¹¹⁰⁴. Il fallait donc une urgence absolue pour justifier le recours à une personne qualifiée¹¹⁰⁵. Cette condition restreignait le champ d'application de cette réquisition, de sorte que de telles opérations étaient rarement pratiquées¹¹⁰⁶. L'officier de policier judiciaire devait établir le risque de disparition ou l'importance de ces éléments pour l'accomplissement de l'enquête¹¹⁰⁷. On peut imaginer que cette condition était imposée dans le but d'empêcher tout abus de la part de la police judiciaire. Cette dernière n'était pas libre dans la prescription de cette réquisition. Mais l'appel à une personne qualifiée ne justifie-t-il pas en lui-même la condition d'urgence exigée ? Lorsque la police judiciaire sollicite le concours d'une telle personne, c'est parce qu'elle estime son apport très important. Les constatations effectuées complètent les éléments de preuve déjà à la disposition de la police. Ainsi, l'exigence

¹¹⁰¹ Cass. crim., 15 mars 1988, Bull. crim., n° 128.

¹¹⁰² Cass. crim., 4 janv. 1993, Bull. crim., n° 3 ; *D.* 1994, somm. P. 85, obs. J. PRADEL. L'administrateur judiciaire peut être requis pour vérifier la situation financière d'une entreprise et d'en identifier son véritable gérant.

¹¹⁰³ Cass. crim., 3 oct. 1996, Bull. crim., n° 345 ; Cass. crim., 5 févr. 2002, Bull. crim., n° 19.

¹¹⁰⁴ Anciens articles 60 et 77-1 du Code de procédure pénale issus de la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985.

¹¹⁰⁵ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 369.

¹¹⁰⁶ J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 711, p. 487.

¹¹⁰⁷ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 630, p. 519.

d'urgence de l'examen apparaît comme un moyen de ralentir l'enquête policière. Sans doute, est-ce pour cette raison que le législateur a été conduit à supprimer cette condition.

366.- Désormais, il n'y a plus lieu de constatations qui ne peuvent être différées¹¹⁰⁸. L'officier de police judiciaire dispose d'une grande liberté dans la sollicitation d'une personne qualifiée. Cette dernière se trouve dans l'obligation de déférer à cette réquisition. Sa mission se limite à l'apport de connaissances techniques ou scientifiques dont ne dispose pas la police judiciaire. Une fois les constatations effectuées, l'officier de police judiciaire, sur autorisation du procureur de la République, peut communiquer au mis en cause le résultat des examens¹¹⁰⁹. Pour s'assurer de l'impartialité et de la bonne conduite des opérations, la personne qualifiée requise est tenue de prêter serment, par écrit, d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience¹¹¹⁰. Sont exclues de cette obligation les personnes inscrites sur une des listes prévues à l'article 157 (liste des experts), celles-ci ayant déjà prêté serment, il n'est alors pas nécessaire de renouveler l'expérience¹¹¹¹. Cette prestation de serment est prescrite à peine de nullité d'ordre public¹¹¹².

367.- Dans l'accomplissement de sa mission, la personne qualifiée requise doit bénéficier d'une totale indépendance, indispensable à la sérénité des opérations. La neutralité de toute personne qualifiée constitue un élément essentiel pour faire taire toute critique à son encontre. Dès lors qu'elle peut ouvrir les scellés, en dresser inventaire et communiquer oralement ses conclusions aux enquêteurs en cas d'urgence, même si elle fait mention de cette ouverture dans son rapport¹¹¹³, l'apparence de la partialité conduirait systématiquement aux contestations des résultats. Aussi bien, le mis en cause ne manque aucune occasion de contester le résultat, et ce malgré la totale impartialité de la personne qualifiée. Compte tenu de ces précisions, le rôle de la personne qualifiée est d'aider la police judiciaire dans des domaines relevant de sa compétence. Ses constatations éclairent les investigations policières par le biais des précisions qu'elles apportent. Les services fournis servent les intérêts de

¹¹⁰⁸ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

¹¹⁰⁹ Article 60, alinéa 3 et 4 du Code de procédure pénale.

¹¹¹⁰ Article 60 du Code de procédure pénale.

¹¹¹¹ Cass. crim., 5 oct. 1961, Bull. crim., n° 381 ; Cass. crim., 17 oct. 1967, Bull. crim., n° 256 ; Cass. crim., 5 août 1972, Bull. crim., n° 263 ; Cass. crim., 17 oct. 1972, Bull. crim., n° 290.

¹¹¹² Cass. crim., 3 oct. 1996, Bull. crim., n° 345 ; Cass. crim., 21 juin 2006, Bull. crim., n° 193 ; *D.* 2006, IR. 2055 ; *Rev. sc. crim.* 2007, 602 et *Procédures* oct. 2006, obs. J. BUISSON ; *AJ Pén.* 2006. 452, obs. Y. ROUSSEL ; Cass. crim., 31 mai 2007, *D.* 2007, AJ. 2033 ; *AJ Pén.* 2007. 385 ; *Dr. pén.* 2007. comm. 163, obs. A. MARON.

¹¹¹³ Article 60 du Code de procédure pénale.

l'enquête. Et son rôle ne cesse de s'accroître si bien que la Cour de cassation considère que ses constatations sont de même nature que les expertises¹¹¹⁴.

368.- La finalité de la participation des acteurs privés dans l'enquête policière est la facilitation des investigations. Elle permet d'orienter l'enquête. Les informations qu'ils sont susceptibles de fournir s'avèrent d'une aide précieuse, il est logique qu'ils soient forcés d'apporter leur concours. Il en est ainsi de la possibilité pour le procureur de la République, lorsque les données saisies ou obtenues au cours de l'enquête ont fait l'objet d'opérations de transformation empêchant d'accéder aux informations en clair qu'elles contiennent ou de les comprendre, de désigner toute personne physique ou morale qualifiée en vue d'effectuer les opérations techniques permettant d'obtenir la version en clair des informations ainsi que, dans le cas où un moyen de cryptologie a été utilisé, en cas de nécessité, la convention secrète de déchiffrement¹¹¹⁵.

Lorsque les nécessités de son enquête l'exigent, la police judiciaire peut requérir toute personne qu'elle soit médecin, technicien et toute personne susceptible de fournir des renseignements.

B. La convocation de toute personne susceptible de fournir de renseignements

369.- Outre la possibilité qu'a la police judiciaire d'interdire toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction¹¹¹⁶, elle peut entendre toute personne susceptible de lui fournir des informations servant les intérêts de l'enquête. La personne convoquée est tenue de comparaître (1), mais la faculté lui est offerte de déposer (2).

1. La comparution obligatoire

370.- Il résulte des articles 62 du Code de procédure pénale pour l'enquête sur infraction flagrante et 78 pour l'enquête préliminaire que l'officier de police judiciaire peut appeler et

¹¹¹⁴ Cass. crim., 14 sept. 2005, Bull. crim., n° 226: « l'article 77-1 du Code de procédure pénale confère au procureur de la République, agissant en enquête préliminaire, le pouvoir de charger toutes les personnes qualifiées de missions techniques ou scientifiques de même nature que celles qui peuvent être confiées aux experts par le juge d'instruction en application de l'article 156 du même code ». *Rev. sc. crim.* 2006, p. 412, note J. BUISSON.

¹¹¹⁵ Article 230-1 du Code de procédure pénale.

¹¹¹⁶ L'article 61 du Code de procédure pénale énonce que « l'officier de police judiciaire peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations ».

entendre toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis. Les personnes convoquées sont tenues de comparaître.

Il est évident que ces dispositions ne s'adressent pas à la victime dont les déclarations, lors du dépôt de plainte, s'avèrent indispensables au déclenchement de l'enquête, ni au dénonciateur. En premier lieu, elles visent une tierce personne par rapport à l'infraction dont le témoignage peut s'avérer décisif. Au lieu de dénoncer ces faits, la personne décide de taire les informations. La réponse qu'elle pourrait donner à la convocation policière serait tout simplement l'absence de comparution. C'est pour éviter l'inertie des personnes convoquées que la comparution est rendue obligatoire. Toutefois, le refus de comparaître n'est pas sanctionné, ce qui n'est pas susceptible de vaincre une éventuelle réticence à déférer à cette obligation¹¹¹⁷. L'absence de portée dissuasive à la désobéissance condamne cette disposition. C'est dire que la personne recevant cette convocation, si elle ne souhaite pas faire des révélations, serait conduite à ne pas répondre à cette obligation. A cet égard, la convocation serait dans la majorité de cas suivie de la mise en place des moyens coercitifs pour appréhender le récalcitrant là où il se trouve. Pour inciter à la comparution, il semble nécessaire de prévoir une sanction en cas de défaillance¹¹¹⁸. Une contravention d'un certain montant conduirait la personne à la réflexion. C'est sûrement l'un, à tout le moins l'unique moyen susceptible de faciliter la comparution de la personne convoquée. Or, à l'heure actuelle, le défaut de déferrement à cette obligation entraîne tout simplement une réaction policière, laquelle a connu une évolution symbolique.

371.- La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 accordait au seul procureur de la République le pouvoir de contrainte par la force publique¹¹¹⁹. L'officier de police judiciaire avait pour principale mission de s'assurer de la bonne réception de la convocation par la personne¹¹²⁰. Si cette dernière ne déférait pas à cette obligation, l'avis en était donné au procureur de la République qui pouvait la contraindre à comparaître par la force publique. C'est ensuite que la police judiciaire était chargée d'exécuter cet ordre de comparution. Pour ce faire, elle disposait d'énormes moyens de coercition pour l'appréhender ; en particulier, elle pouvait s'introduire dans le domicile du récalcitrant et le prendre de force pour l'entendre. Il est à noter que cette

¹¹¹⁷ L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de la procédure pénale*, 3^{ème} éd., Desvigne, 1952, p. 86.

¹¹¹⁸ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 706, p. 588 : « comme il a été à juste titre souligné, à tout le moins on aurait pu prévoir une sanction contraventionnelle, de la compétence du tribunal de police ».

¹¹¹⁹ Ancien article 62 du Code de procédure pénale.

¹¹²⁰ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 232.

procédure a quelque peu été modifiée. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 met un terme à la situation dans laquelle la police judiciaire ne pouvait contraindre la personne refusant de déférer à la convocation¹¹²¹. Mais il faut reconnaître que le procureur de la République garde tout de même une main mise sur le déclenchement de la procédure. Si l'officier de police judiciaire peut désormais contraindre la personne à comparaître par la force publique, c'est sur autorisation préalable du procureur de la République¹¹²². Cette procédure semble plus rapide que l'ancienne. L'autorisation peut prendre la forme écrite ou orale ; pour des raisons de célérité, la forme verbale sera privilégiée. En pratique, la police judiciaire constatant la défaillance à sa convocation demande l'autorisation de satisfaire à cette obligation. Si, en principe, le procureur de la République dispose de la possibilité de refuser, la réalité est différente. L'acceptation systématique serait privilégiée. Le procureur de la République ne saurait apparaître comme un obstacle au bon déroulement de l'enquête. Saisie de la question, le Conseil constitutionnel a écarté le grief d'inconstitutionnalité en jugeant qu'en imposant que toute personne convoquée par un officier de police judiciaire soit tenue de comparaître et en prévoyant que l'officier de police judiciaire puisse, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, imposer cette comparution par la force publique à l'égard des personnes qui n'ont pas répondu ou dont on peut craindre qu'elles n'y répondent pas, le législateur a assuré entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, d'une part, et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, d'autre part, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée¹¹²³.

372.- La personne convoquée ne peut être retenue que le temps strictement nécessaire à son audition sans que cette durée puisse excéder quatre heures¹¹²⁴. La personne entendue ne peut donc être placée en garde à vue. En revanche, s'il apparaît avant l'audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner la personne convoquée qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, elle ne peut être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de

¹¹²¹ Actuel article 62, alinéa 2 du Code de procédure pénale énonce que « l'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées à l'article 61 ».

¹¹²² L'article 62, alinéa 2 du Code de procédure pénale ajoute que « il (l'officier de police judiciaire) peut également contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation ».

¹¹²³ Cons. const. 18 juin 2012, DC n° 2012-257 QPC.

¹¹²⁴ Article 62 du Code de procédure pénale.

l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie. Il s'agit de mettre fin à une pratique consistant à convoquer toute personne, y compris celle soupçonnée d'avoir commis une infraction sans lui notifier ses droits de se taire et de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie. Dès qu'apparaissent des raisons plausibles de soupçonner la personne entendue d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction, elle ne peut être maintenue sous la contrainte que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié dans les conditions prévues à l'article 63 du Code de procédure pénale¹¹²⁵.

373.- Pour la police judiciaire comme pour le magistrat du parquet, la comparution serait accompagnée des déclarations. Le concours de la personne constituerait un moyen d'orienter l'enquête voire de compléter les éléments de preuve. Son aide apparaît donc nécessaire. Pourtant, l'obligation de comparaître n'est pas suivie de l'obligation de déposer. La personne reste libre de faire ou non des déclarations. Cette faculté tend à entrer en contradiction avec la comparution obligatoire, même si l'idée majeure repose sur le postulat selon lequel en comparissant, la personne fournira des renseignements.

2. La déposition facultative

374.- Si on peut, à la rigueur, admettre que la personne convoquée est tenue de comparaître, est-elle pour autant tenue de faire des déclarations ? Il est assez facile de considérer que l'initiative policière suppose de la part du convoqué la communication des renseignements intéressant l'enquête. Dès l'origine, l'article 62 du Code de procédure pénale prévoyait en cas de flagrance que les personnes convoquées par l'officier de police judiciaire étaient tenues de comparaître et de déposer. L'obligation de comparaître allait de pair avec l'obligation de déposer. Toutefois, à défaut de sanction pénale¹¹²⁶, cette dernière n'avait, si ce n'est qu'une valeur symbolique, à tout le moins morale. Aucun moyen de contrainte ne pouvait être utilisé contre la personne refusant de déposer. Si l'objectif non avoué des rédacteurs de cette disposition était d'inciter à des révélations, la possibilité était toujours offerte à la personne de taire les informations en se retranchant derrière le droit au silence.

¹¹²⁵ Cons. const. 18 nov. 2011, DC n° 2011-191/194/195/196/197 QPC.

¹¹²⁶ L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de la procédure pénale*, 3^{ème} éd., Desvigne, 1952, p. 89.

375.- En réalité, la déposition suppose la confiance. Cette dernière n'est possible que si la personne ne se sent pas contrainte mais libre de faire connaître à la police judiciaire les informations qu'elle détient. En décidant de supprimer l'obligation de déposer, le législateur contemporain¹¹²⁷ est en parfait accord avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a consacré le droit au silence et celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Dans le cadre de l'enquête de police, il est admis qu'à l'égard de la personne convoquée, l'obligation de comparaître ne peut en conséquence avoir pour incidence la déposition obligatoire.

376.- Il est soutenu que la personne tenue de comparaître peut être soit un témoin soit un mis en cause. Dans le cadre de l'instruction, le premier est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer¹¹²⁸. Alors que dans la phase policière, le témoin ne prête pas serment de dire la vérité. En choisissant de parler, il ne prend pas le risque de poursuite pour faux témoignage dans la mesure où le mensonge ne l'engage pas pénalement¹¹²⁹. La révélation s'avère facultative. Il est juridiquement exclu de mettre en œuvre la moindre action coercitive pour contraindre le témoin à parler¹¹³⁰. S'il est tenu de dire ce qu'il sait, les confidences effectuées par le témoin ne sauraient être prises pour argent comptant. Les investigations complémentaires sont souhaitables pour corroborer les déclarations de ladite personne.

377.- Il est vrai que la déposition facultative devient en pratique une déposition spontanée « obligatoire ». Sous la « pression psychologique », lorsqu'il se trouve dans les locaux de la police, le témoin est conduit à faire des déclarations en répondant de la manière la plus objective possible aux questions qui lui sont posées¹¹³¹. Lorsque le témoin ignore cette possibilité qu'il a de refuser de parler, la comparution obligatoire, dans son esprit, s'accompagne de la déposition. Cette dernière s'apparente à une forme de déposition « forcée » par le simple fait de la convocation et non de l'utilisation d'un quelconque moyen de contrainte.

¹¹²⁷ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993.

¹¹²⁸ Article 109 du Code de procédure pénale.

¹¹²⁹ Article 434-13 et s. du Code pénal.

¹¹³⁰ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Paradigme, 2012, n° 170, p. 85 ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 710, p. 591.

¹¹³¹ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 710, p. 591.

378.- Quant au mis en cause, appelé par l'officier de police judiciaire à comparaître pour être entendu, la déposition facultative prend ici tout son sens. En raison d'une part du droit au silence, le mis en cause peut refuser de répondre aux questions des policiers. Le silence gardé ne peut se traduire en un aveu de sa participation aux faits, mais bien à l'exercice des droits de la défense. D'autre part, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination empêche toute utilisation de la force ou de la contrainte pour l'inciter à parler. Seule sa collaboration volontaire est admise. Notons à cet égard que, s'il choisit de parler, le mis en cause, contrairement au témoin ne prête pas serment de dire la vérité. Son mensonge ne l'engage pas. *De facto*, il constitue un moyen de défense. De toute façon, les confidences faites sont consignées dans un procès-verbal rédigé et signé par l'officier de police judiciaire et le comparant¹¹³². A vrai dire, l'option qui semble être offerte aux personnes convoquées semble rejoindre « l'option de conscience » réservée aux personnes tenues au secret professionnel.

379.- Lorsque la personne convoquée est un professionnel, la déposition relève de sa liberté de conscience¹¹³³. Il a à choisir entre garder le silence respectant ainsi le secret professionnel¹¹³⁴ et le violer en révélant les informations recueillies dans l'exercice de son activité¹¹³⁵. Sauf lorsque la violation est explicitement prévue par la loi¹¹³⁶, le professionnel peut se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de déposer¹¹³⁷. Mais la question demeure posée de savoir si cette option de conscience subsiste même en cas de soupçon de professionnel à la participation de l'infraction. Il semble logique que le professionnel puisse se défendre. La difficulté provient du fait que, si le secret professionnel ne peut plus être invoqué pour refuser d'apporter son concours, le professionnel devenant un suspect ne peut alors être obligé de fournir des informations ou de témoigner s'il ne le souhaite pas. Il bénéficie, comme toute personne convoquée, du droit au silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il apparaît dès lors que, quelle que soit la personne convoquée par la police judiciaire pour être entendue, la déposition demeure facultative. Elle ne saurait d'une manière ou d'une autre pousser à faire des déclarations. Celles-ci doivent rester spontanées. Même si, sur le terrain, de nombreuses pressions peuvent s'exercer sur la personne pour déposer, il ne faut pas occulter l'idée que, dans la majorité des cas, les

¹¹³² Articles 62 et 66 du Code de procédure pénale.

¹¹³³ A. LEPAGE, « Droit pénal et conscience », *Dr. pén.* 1999, chron. 1.

¹¹³⁴ Article 226-13 du Code pénal.

¹¹³⁵ Article 226-14 du Code pénal.

¹¹³⁶ Sur la déclaration de soupçon, V. *supra* n° 330 et s.

¹¹³⁷ Cass. crim., 6 oct. 1999, n° 97-85.118.

renseignements obtenus par la police judiciaire proviennent des dénonciations. Ce qui nous amène à étudier la question de la participation volontaire des acteurs privés.

SECTION III : LA PARTICIPATION VOLONTAIRE DES ACTEURS PRIVES

380.- Si l'enquête policière doit être conduite et conclue dans un temps limité pour éviter le dépérissement de la preuve¹¹³⁸, le problème se complique du fait que la recherche de la preuve se trouve compromise par la spécificité des infractions. Les infractions non apparentes sont difficilement décelables par la police judiciaire. L'activité policière serait-elle dès lors dépendante de la chance ? La lenteur dans le déclenchement de l'intervention policière constitue un obstacle à la révélation de l'existence de preuves « fraîches ». La durée écoulée entre le moment où l'infraction est commise et le déclenchement de l'enquête favorise la disparition progressive des éléments de preuve. A vrai dire, le temps joue un rôle essentiel dans l'investigation pénale puisqu'avec le temps « les preuves dépérissent : les indices s'effacent, les témoins oublient ou leur mémoire devient sélective, d'où l'intérêt de rassembler ces preuves le plus rapidement possible »¹¹³⁹. A cette fin, la participation des acteurs privés à la recherche de la preuve, si elle est devenue évidente, répond en réalité à l'exigence de rapidité, garantie nécessaire au bon déroulement de l'enquête policière. Ce soutien, dans la collecte de renseignements constitue à n'en pas douter l'un des principaux outils des forces de police dans la protection de l'ordre social. Le recours aux acteurs privés permet du moins d'éclairer, sinon d'orienter la police judiciaire dans son enquête à travers diverses informations recueillies. C'est la raison pour laquelle afin d'encourager la communication d'informations à l'autorité chargée de recueillir la preuve, le droit français et la jurisprudence admettent la dénonciation citoyenne (§1) et la collaboration d'une catégorie particulière d'individus à la recherche de la vérité (§2).

¹¹³⁸ J. PRADEL, « La célérité du procès pénal », *RICPT* 1984, p. 405 : « s'il est un stade procédural où il importe d'aller très vite c'est bien celui de l'enquête puisque les preuves sont d'ordinaire encore fraîches » ; « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *RIDP* 1995, p. 323.

¹¹³⁹ C. ESTRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'harmattan, 2004, p. 22.

§1. La dénonciation citoyenne

381.- Définie comme « l'acte par lequel un tiers, qui n'a pas été victime de l'infraction, la porte à la connaissance des autorités de police ou de justice »¹¹⁴⁰, la dénonciation constitue « un instrument essentiel de toute politique répressive »¹¹⁴¹ puisque la transmission des informations à la police judiciaire est généralement le point de départ incontournable de toute enquête majeure en la matière¹¹⁴². Face à des difficultés rencontrées par la police judiciaire dans la mise en application de la loi pénale, le dénonciateur facilite la mission de la police judiciaire en lui permettant de prendre connaissance de l'existence de l'infraction. Si la police judiciaire a pour mission de constater l'infraction et de rassembler la preuve, sans l'information du dénonciateur la finalité de sa mission serait réduite à peu de chagrin. L'accès à la connaissance d'infractions non apparentes par le biais de la dénonciation concourt à l'effectivité de la norme pénale. Plus l'infraction est rapidement portée à la connaissance de la police judiciaire, plus les moyens d'investigation sont rapidement mis en œuvre. Le recueil des éléments de preuve se trouve facilité par la mise en œuvre des pouvoirs ainsi reconnus à la police judiciaire. Principalement la dénonciation est spontanée (A), accessoirement elle est suscitée (B).

A. La dénonciation spontanée

382.- Cette forme de dénonciation peut apparaître de deux façons différentes : soit une personne se présente volontairement aux services de police en prétendant avoir connaissance d'informations susceptibles d'intéresser la police judiciaire. Cette dernière est conduite à recueillir ces informations tout en relevant l'identité complète du dénonciateur. Cette dénonciation est qualifiée de nominative (1). Soit la police judiciaire obtient des renseignements sans connaître l'identité du dénonciateur, la dénonciation est alors anonyme (2).

¹¹⁴⁰ J. F. GAYRAUD, *La dénonciation*, PUF, Paris, 1995, p. 21 ; *La dénonciation en matière pénale : Silence, parole : droit, devoir ?*, Thèse, Paris, 1990 ; V. aussi R. MERLE ET A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 266, p. 331 : « en un sens général, la dénonciation est tout acte qui informe la justice de l'existence d'une infraction. En un sens plus étroit, c'est l'acte d'un tiers qui n'a éprouvé aucun préjudice de l'infraction qu'il révèle » ; J. BUISSON et S. GUINCHARD, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 1014, p. 582 : « la dénonciation est définie comme l'acte par lequel un tiers à l'infraction dénonce à l'autorité compétente la commission de cette infraction dont il a été, ou non, le témoin ».

¹¹⁴¹ J. LETANG, « Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier », *Gaz. Pal.* 1993. II. 1376.

¹¹⁴² F. LACASSE et Y. POULIN, « La protection juridique des indicateurs de police en droit canadien », *Rev. sc. crim.* avril/ juin 2007, p.280.

1. La dénonciation nominative

383.- La résolution rapide de l'enquête mettant fin au trouble à l'ordre public que constitue l'infraction dépend du moment de la connaissance de la commission de celle-ci. Une tierce personne peut avoir connaissance de certains faits infractionnels et vouloir les dénoncer à la police judiciaire. La dénonciation est nominative lorsque le dénonciateur se présente en personne au commissariat et ne dissimule pas son identité. Il porte à la connaissance de la police judiciaire des faits dont il a de près ou de loin été témoin à un moment donné. La police judiciaire recevant ce genre d'informations doit être en mesure de les vérifier. Pour ce faire, elle a à sa disposition deux types d'enquêtes qui circonscrivent étroitement ses pouvoirs d'investigation : l'enquête préliminaire¹¹⁴³ et l'enquête de flagrance¹¹⁴⁴. Cette dernière, si elle présente l'avantage d'octroyer à la police judiciaire des pouvoirs coercitifs ne peut être déclenchée qu'en présence d'indices apparents.

384.- L'état de flagrance repose donc sur l'apparence des faits actuels ou récents. Pour répondre à cette situation, il est exigé un ensemble de critères objectifs reposant sur la matérialité des faits¹¹⁴⁵. La caractérisation d'une situation de flagrance tient à l'existence d'un ou plusieurs indice(s) extérieurs révélant l'infraction. Autant dire qu'un simple soupçon, perception subjective, ne suffit pas à constater l'état de flagrance. La théorie de l'apparence ne laisse pas la mise en œuvre de l'enquête de flagrance à la discrétion de la police judiciaire, mais elle exige que la démarche soit fondée sur des éléments objectifs constatables rendant vraisemblable la commission actuelle d'une infraction¹¹⁴⁶. Ce sont ces éléments objectifs ou indices extérieurs qui permettent à la police judiciaire, au moment de l'intervention, de conclure légitimement qu'elle se trouve en situation de flagrance¹¹⁴⁷. En l'absence de tout indice extérieur révélant l'existence un comportement délictueux, seule l'enquête préliminaire est susceptible d'être diligentée.

385.- Le problème consiste à savoir si la dénonciation nominative est suffisante pour constituer l'indice apparent nécessaire pour déclencher l'enquête de flagrance. La tendance

¹¹⁴³ Article 75 du Code de procédure pénale.

¹¹⁴⁴ Article 53 du Code de procédure pénale.

¹¹⁴⁵ H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, n° 101, p. 87.

¹¹⁴⁶ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 725, p. 648.

¹¹⁴⁷ Cass. crim., 9 janv. 1990, Bull. crim., n° 16 ; Cass. crim., 11 mars 1992, Bull. crim., n° 110 ; Cass. crim., 3 sept. 2002, *Dr.pén.* 2003, comm. 14, note A. MARON.

jurisprudentielle est de répondre par l'affirmative. La dénonciation peut constituer un indice apparent à condition de ne pas être anonyme¹¹⁴⁸. Tel est par exemple le cas dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 1 octobre 2003¹¹⁴⁹. Il s'agissait en l'espèce d'un individu qui, en consultant un forum de discussion, reçoit des photographies de mineurs à caractère pornographique. Se faisant passer pour un adolescent, il est contacté par un retraité qui lui indique être en possession des photographies qu'il ne peut lui transmettre via internet en raison des risques. Toutefois, il lui communique les coordonnées de deux sites par lesquels l'adolescent reçoit plusieurs photographies mettant en scène des mineurs. Après une discussion à caractère sexuel, rendez-vous est pris entre les deux hommes dans un centre commercial. La police judiciaire, ayant préalablement été informée par l'adolescent, constate la présence d'un individu correspondant au signalement donné et, après avoir vérifié qu'il répondait au numéro de téléphone portable communiqué, l'interpelle. A l'occasion de la garde à vue, le mis en cause avoue détenir à son domicile des photographies de mineurs à caractère pornographique. S'en est alors suivie une perquisition, confirmant ainsi les dires de ladite personne. Cherchant à faire annuler les actes de la procédure, le mis en cause saisit la chambre de l'instruction. Celle-ci repousse la requête en nullité. Pour rejeter la demande de nullité de la procédure fondée sur l'absence d'indice apparent d'un comportement délictueux précédant l'interpellation du mis en cause, la Chambre criminelle déclare que « les faits rapportés aux policiers par Thierry Y... ont constitué, au sens de l'article 53 du code de procédure pénale, des indices apparents révélant l'existence d'agissements délictueux déjà commis et en train de se commettre, que celui-ci n'a en rien déterminés mais qu'il a permis de constater ».

L'apparence vraisemblable¹¹⁵⁰ suppose « l'extériorisation objective de l'actualité d'une infraction »¹¹⁵¹. L'enquête préliminaire devrait précéder l'enquête de flagrance afin de corroborer les renseignements fournis par le dénonciateur. En raison de la nécessité de rassembler les preuves le plus rapidement possible, le dénonciateur devient le « vecteur »¹¹⁵² de la constatation de l'indice apparent. Le procédé utilisé par le dénonciateur s'apparente à

¹¹⁴⁸ Cass. crim., 30 mai 1980, Bull. crim., n° 165 ; *D.* 1981, Jur. p. 533, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 8 nov. 1989, Bull. crim., n° 406 ; *JCP* 1990, II, n° 21580, note J.-H. SYR.

¹¹⁴⁹ Cass. crim., 1 oct. 2003, *Gaz. Pal.* 20 juil. 2004, n° 202, p. 42, note CH. BETTATI ; *D.* 2004, Jur. p. 1845, note M. SANCHEZ.

¹¹⁵⁰ PH. CONTE, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure », *Rev. sc. crim.* 1985, p. 471 ; *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984, p. 35.

¹¹⁵¹ M. SANCHEZ, note sous Cass. crim., 1 oct. 2003, *D.* 2004, p. 1846.

¹¹⁵² M. SANCHEZ, note sous Cass. crim., 1 oct. 2003, *D.* 2004, p. 1846.

une provocation. Celle-ci est admise car elle a simplement servi à faire apparaître la preuve d'une infraction qui se serait commise sans son intervention¹¹⁵³.

386.- L'enquête de flagrance se justifie par l'urgence, et une dénonciation « faite par une personne identifiée pouvant ultérieurement fournir un témoignage dont la teneur est incontestablement celle d'une preuve potentielle. Si dans ce cas, l'indice n'est pas constitué matériellement d'un élément constitutif de l'infraction, la dénonciation rapporte l'existence d'éléments constitutifs de l'infraction de la même manière qu'un témoignage ferait état d'une telle existence »¹¹⁵⁴. Toutefois, mettre sur le même plan la dénonciation nominative et le témoignage ne nous semble pas approprié. La dénonciation nominative peut engendrer une responsabilité du dénonciateur¹¹⁵⁵ alors qu'un témoin, ne prêtant pas serment de dire la vérité, a toute latitude pour effectuer de déclarations. De ce point de vue « l'identification officielle du dénonciateur accrédite la véracité de ses affirmations »¹¹⁵⁶ et non le témoignage.

387.- A première vue, la solution jurisprudentielle semble considérer que la dénonciation nominative suffit à caractériser l'indice apparent d'un comportement délictueux, et ce peu importe que l'infraction soit apparente ou non. Pour que la police judiciaire puisse mettre en jeu les pouvoirs qui lui sont octroyés dans le cadre de l'enquête de flagrance, l'infraction doit se révéler par un indice apparent. Par définition, une infraction non apparente est une infraction occulte qui se commet à l'abri de tout regard. La connaissance par la police judiciaire de son existence suffit-elle à déclencher l'enquête de flagrant délit ? Il est permis de relever, pour certains auteurs, que « les infractions non apparentes ne devraient jamais pouvoir être considérées comme flagrantes même quand elles sont en train ou viennent de se commettre », car, dans le cas contraire, « l'intervention contraignante de la police n'est plus justifiée par la nécessité de ne pas laisser disparaître des éléments de preuve qui, par hypothèse, ne sont même pas apparus ; elle devient arbitraire dans la mesure où elle ne s'appuie plus sur une réalité concrète immédiatement perceptible par tous »¹¹⁵⁷. Nous ne pouvons partager le point de vue de ces auteurs. Il conduit à faire disparaître du champ de la répression pénale un grand nombre d'infractions occultes. Une enquête préliminaire diligentée

¹¹⁵³ V. *infra* n° 442 et s.

¹¹⁵⁴ M.-C. NAGOUEAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, n° 141, p. 90.

¹¹⁵⁵ Notamment en cas de dénonciation calomnieuse : article 226-10 du Code pénal.

¹¹⁵⁶ M.-C. NAGOUEAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, n° 141, p. 90.

¹¹⁵⁷ D. MAYER, « Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit », *D.* 1980, chron. p. 100 ; M. SUZANNE, note sous Cass. crim., 30 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 221.

en vue de vérifier, du moins corroborer l'exactitude des informations peut normalement se transformer en une enquête de flagrance, mais à condition de caractériser l'indice apparent d'une infraction flagrante¹¹⁵⁸. La mise en place des procédures telles que les surveillances ou les filatures¹¹⁵⁹ facilitent la constatation de l'infraction, par la même occasion le recueil immédiat des éléments de preuve¹¹⁶⁰. Ces considérations expliquent qu'un certain nombre de dénonciations nominatives a pu déclencher, du moins orienter les enquêtes de police. Autant un consensus est établi autour de l'assimilation de la dénonciation nominative à un indice apparent, autant en revanche, les renseignements recueillis par la police grâce à un dénonciateur anonyme soulèvent une vive controverse.

2. La dénonciation anonyme

388.- Les événements tragiques qui ont secoué la France ces dernières années, à savoir les « émeutes urbaines » ont pu montrer l'importance de la dénonciation anonyme dans l'enquête policière. Il est à observer que, pour procéder à l'arrestation des personnes impliquées dans des actes de violences commis à l'encontre des forces de l'ordre, la police judiciaire n'a pas hésité à distribuer des « tracts » faisant explicitement référence à la dénonciation anonyme. Il serait imprudent de conclure au succès ou à l'échec de cette demande d'aide de la part des policiers. Il y a quelques temps¹¹⁶¹, le gouvernement a donné l'autorisation aux services de police de l'Essonne à la mise en place d'un site Internet dédié exclusivement à la réception de dénonciations anonymes. Il est fait mention que toute personne ayant connaissance d'un fait infractionnel peut le dénoncer en se connectant sur ce site. L'analyse de ces diverses affaires invite à penser que la dénonciation anonyme tend à devenir un élément important de l'investigation pénale en raison de la précieuse aide qu'elle apporte à l'enquête de police.

389.- Depuis longtemps, la dénonciation constitue un moyen d'information des administrations fiscales et douanières¹¹⁶². Dans ces deux domaines, les agissements

¹¹⁵⁸ Cass. crim., 9 janv. 2002, Bull. crim., n° 2 ; Cass. crim., 17 nov. 1998, Bull. crim., n° 302 ; Cass. crim., 29 juin 1993, Bull. crim., n° 228.

¹¹⁵⁹ Mais Madame MATSOPOULOU conteste cette affirmation : *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 158, p. 133 : « on ne saurait considérer que les filatures et surveillances constituent une enquête préliminaire, laquelle implique non pas des actions passives, mais des actes positifs d'audition ou éventuellement de confrontation de témoins, de surveillance, de perquisition autorisée par les intéressés et d'examen de documents saisis ».

¹¹⁶⁰ M. LANGLOIS, « L'enquête de flagrant délit : son point de départ et sa durée », *JCP* 1961, I, 1611.

¹¹⁶¹ Le 20 septembre 2009.

¹¹⁶² J. LETANG, « Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier », *Gaz. Pal.* 1993, II, p.1370.

susceptibles d'être commis sont la plupart du temps ignorés par les autorités compétentes. Les renseignements recueillis auprès de dénonciateurs permettent d'informer ces autorités. Ces informations parviennent le plus souvent par le biais de lettres ou de coups de téléphone anonyme. Le dénonciateur reste complètement anonyme, ce qui pose le problème de la fiabilité des déclarations. Lorsque les autorités compétentes obtiennent ces renseignements, la priorité réside dans la vérification de leur exactitude¹¹⁶³. Il en va de même pour la police judiciaire dont les canaux de la dénonciation demeurent identiques à ceux des administrations douanières et fiscales, c'est-à-dire les coups de téléphone et lettres anonymes. A la suite de cette dénonciation, la police judiciaire doit pouvoir diligenter une enquête.

390.- La question légitime se pose de savoir si la dénonciation anonyme constitue, comme la dénonciation nominative, un indice apparent justifiant le déclenchement d'une enquête de flagrance. A cette question la jurisprudence a, de manière constante, répondu par la négative. La tendance est d'exiger que la caractérisation de l'indice apparent afin de légitimer l'intervention de la police en flagrant délit se révèle par des indices extérieurs¹¹⁶⁴. Lorsque la police judiciaire informée anonymement que des stupéfiants sont transportés par des personnes dont la description leur est communiquée les interpelle, en l'absence d'un indice apparent, elle ne peut procéder à la fouille corporelle qu'avec leur assentiment. Cela est dû au fait que l'enquête de flagrance doit suivre et non « précéder » le délit flagrant¹¹⁶⁵. En dépit de la dénonciation anonyme, la personne qui ne manifeste par aucun signe extérieur qu'elle est en état d'infraction à la loi pénale ne peut faire l'objet d'aucune mesure coercitive. La police judiciaire doit, pour exercer une telle coercition, obtenir son assentiment exprès. L'actualité de l'infraction doit être révélée par l'indice apparent. Tel n'est pas le cas lorsque la police judiciaire procède à une perquisition sans demander l'assentiment de la personne soupçonnée de se livrer à un trafic de stupéfiants¹¹⁶⁶ ou de faciliter l'usage de stupéfiants¹¹⁶⁷ ou encore de se livrer au délit de proxénétisme par cohabitation¹¹⁶⁸ sur l'unique fondement de renseignements anonymes.

¹¹⁶³ L'administration peut dès lors déclencher une vérification. Cette dernière, si elle se révèle fluctuante, peut aboutir à un éventuel redressement.

¹¹⁶⁴ Cass. crim., 11 juil. 2007, *D.* 2007, p. 2237 ; *JCP* 2007, II, 10168, p. 24, note J. BUISSON ; *AJ Pén.* 2007, p. 486, note C. SAAS.

¹¹⁶⁵ Cass. crim., 21 juil. 1982, *Bull. crim.*, n° 196 ; *D.* 1982, p. 642, note C.-J. BERR ; Cass. crim., 27 sept. 1984, *Bull. crim.*, n° 275 ; Cass. crim., 8 oct. 1985, *Bull. crim.*, n° 301.

¹¹⁶⁶ Cass. crim., 30 mai 1980, *Bull. crim.*, n° 165 ; *D.* 1981, p. 533, note W. JEANDIDIER ; *Gaz. Pal.* 1981, I, 221, note SUSANE.

¹¹⁶⁷ Cass. crim., 2 févr. 1988, *Bull. crim.*, n° 52 ; *D.* 1988, somm. p. 358.

¹¹⁶⁸ Cass. crim., 8 nov. 1989, *JCP* 1990, II, 21580, note J.-H. SYR.

391.- A l'analyse de ces divers arrêts, il en ressort clairement que la dénonciation anonyme ne saurait constituer l'indice apparent nécessaire pour déclencher une enquête de flagrance. Admettre l'inverse conduirait à une appréciation subjective de la part de la police judiciaire, entraînant le risque de détournement de procédure¹¹⁶⁹. Dans le souci d'éviter que « ne soient fabriqués de faux cas de flagrance, les indices apparents d'une infraction doivent nécessairement être constitués par des faits matériels et vérifiables »¹¹⁷⁰. De source invérifiable¹¹⁷¹, la dénonciation anonyme doit être corroborée par un « signe extérieur » révélant l'existence de l'infraction. Sans doute, il serait possible d'objecter qu'une dénonciation anonyme constitue un simple soupçon insuffisant pour approuver l'action de la police en enquête de flagrance¹¹⁷². Au même titre qu'une plainte, cette dénonciation doit nécessiter des investigations supplémentaires. Il est difficilement imaginable qu'une plainte fasse l'objet d'une enquête de flagrance, et ce en dépit de l'identification de son auteur¹¹⁷³. Il en va de même pour les renseignements anonymes.

392.- Les dangers de la dénonciation anonyme sont connus. Le dénonciateur peut être amené à dénoncer des faits pour assouvir une vengeance personnelle en montant de toutes pièces les éléments susceptibles d'accabler la personne dénoncée. L'affaire du bagagiste de Roissy est significative de cette dérive. Sur le fondement de renseignements anonymes établissant qu'un salarié de l'aéroport de Roissy préparait un attentat audit aéroport avec des explosifs qui se trouvaient dans le coffre de sa voiture, la police judiciaire l'interpelle et procède à la visite du véhicule. Cette visite fut fructueuse puisque la police judiciaire trouva effectivement des explosifs dans le coffre du véhicule, confortant ainsi les renseignements fournis. Quelques mois plus tard, il s'avèrera que cette affaire avait été montée de toute pièce par la belle famille, contre le beau fils, pour se venger de la mort de leur fille.

393.- Si la doctrine s'accorde majoritairement à approuver la jurisprudence qui estime que l'intervention de la police en flagrant délit sur le fondement d'une unique dénonciation

¹¹⁶⁹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 2^{ème} éd., ECONOMICA, 2012, n° 1615, p. 1041.

¹¹⁷⁰ J.-H. SYR, note sous Cass. crim., 8 nov. 1989, *JCP* 1990, II, 21580.

¹¹⁷¹ M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, n° 128, p. 82 ; A. MARON, note sous Cass. crim., 23 mars 1992, *Dr. pén.* 1992, n° 215.

¹¹⁷² M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002, n° 132, p. 85.

¹¹⁷³ Exception faite à l'avis donné par la victime d'une infraction qui vient d'être commise peut, avant l'enregistrement d'une plainte régulière, caractériser ces indices : Cass. crim., 8 oct. 1985, *Bull. crim.*, n° 301 ; Cass. crim., 11 mai 1999, *Bull. crim.*, n° 91.

anonyme entraîne la nullité des actes effectués, un auteur critique vivement cette position¹¹⁷⁴. Il considère que cette jurisprudence est très contestable tant au plan du droit que du fait. Du point de vue du droit, elle encourt, selon cet auteur, le reproche de méconnaître doublement les termes de la loi. En exigeant la présence « d'indices extérieurs révélant l'existence de l'infraction », elle ajoute manifestement à la loi dont elle méconnaît les termes (art. 53 CPP). Du point de vue de fait, cette jurisprudence, selon encore l'auteur, plonge dans l'incertitude le policier comme le magistrat : quelles sont les données permettant de dire ce que sont ces « indices extérieurs révélant à l'enquêteur l'existence de l'infraction » ? S'agit-il uniquement des indices tombant directement sous le sens « de l'homme de la rue », du « bon père de famille » ? Peut-on y ajouter ceux, indécélables pour ces derniers mais perceptibles pour le policier rompu aux techniques d'observation ? Et que dire de ceux qui, non identifiables par nos sens, sont mis en évidence par des appareils (le radioscope par exemple) ou le flair du chien policier ? En ce dernier cas l'infraction « flagrante » sera-t-elle une infraction flagrante ?

394.- La jurisprudence a répondu à ces critiques et à ces questions en précisant les données permettant de dire ce que sont « les indices extérieurs révélant à l'enquêteur l'existence de l'infraction ». Dans deux arrêts, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme qu'une dénonciation anonyme peut constituer un indice apparent de comportement délictueux dès lors qu'elle est corroborée par d'autres éléments. Dans le premier arrêt¹¹⁷⁵, à la suite d'une dénonciation anonyme confortée par des vérifications auprès de la préfecture de Bobigny, la police judiciaire se saisit en flagrance concernant des infractions à la police des étrangers et à la législation du travail. Successivement, le tribunal correctionnel et la cour d'appel condamnent le prévenu. Le pourvoi se fondait sur l'absence d'un indice apparent suffisant d'un comportement délictueux révélant l'existence d'une infraction. Pour rejeter le pourvoi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que la dénonciation anonyme, corroborée par des vérifications auprès de la préfecture de police, établissait des indices précis et concordants permettant de présumer que le prévenu se rendait coupable d'infraction à la législation sur les étrangers ainsi que sur la législation du travail.

¹¹⁷⁴ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Infractions contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 93.

¹¹⁷⁵ Cass. crim., 23 oct. 1991, Bull. crim., n° 371 ; *D.* 1992, IR, p. 381 ; Cass. crim., 12 mai 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. 215, A. MARON.

L'ouverture de l'enquête flagrante est rendue possible par les renseignements anonymes confortés par des données fiables. La flagrante ne commence pas avec la découverte de l'infraction puisque, bien avant le déclenchement de la flagrante, le délit était révélé par un indice apparent, à savoir des vérifications auprès de la préfecture de police. La dénonciation anonyme seule se révèle insuffisante pour ouvrir une enquête en flagrante. Cette dernière n'est justifiée que si la dénonciation anonyme est corroborée par d'autres éléments extérieurs. L'ensemble forme l'indice apparent d'un comportement délictueux. Ainsi, les investigations initiales ont été menées dans le cadre de l'enquête préliminaire. Les éléments découverts à l'issue de cette enquête ont révélé l'existence vraisemblable d'un comportement délictueux. L'ensemble de ces éléments ont légitimé la mise en œuvre de l'enquête de flagrante

Dans le second arrêt¹¹⁷⁶, à la suite d'un appel téléphonique signalant que la porte d'entrée de l'appartement d'un de leurs voisins était restée ouverte toute la journée, la police judiciaire arrivée sur place constate que l'habitation est vide, mais remarque un sac plastique laissant apparaître des blocs de haschich. La perquisition effectuée en flagrante aboutit à la saisie de la drogue et au placement en garde à vue de l'occupant. Cependant, le tribunal correctionnel et la cour d'appel annulent successivement le procès-verbal de perquisition et toute la procédure subséquente, au motif que « la perquisition ainsi opérée en l'absence des occupants de l'appartement, sans leur accord et en dehors de tout délit flagrant, n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 76 du code de procédure pénale ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation censure l'arrêt frappé du pourvoi, estimant que « avant d'effectuer la perquisition l'officier de police judiciaire avait eu connaissance d'indices apparents d'un comportement délictueux pouvant révéler l'existence d'une infraction répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale, les juges n'ont pas justifié leur décision ».

L'indice apparent, dans cette espèce, est constitué par la découverte accidentelle des blocs de haschich. L'appel téléphonique a incité la police judiciaire à se rendre sur place pour comprendre pourquoi l'appartement n'était pas fermé. Lors de ces vérifications, la police judiciaire découvre un élément objectif révélant le caractère flagrant d'une infraction incidente, à savoir de la drogue. Celle-ci, découverte en enquête préliminaire, justifie la poursuite des investigations sous le régime de la flagrante. Le passage d'un cadre juridique à un autre est possible dès lors que les conditions légales sont réunies. C'est donc cette passerelle qui a permis à la police judiciaire de procéder à la perquisition sans l'assentiment

¹¹⁷⁶ Cass. crim., 12 mai 1992, Bull. crim., n° 187 ; *Dr. pén.* 1992, n° 215, comm. A. MARON.

exprès de l'occupant de l'appartement faisant suite à l'apparition de blocs de haschich. Ces derniers constituent l'indice apparent révélateur de l'actualité de l'infraction.

395.- Le débat sur le maintien ou l'unification des enquêtes préliminaire et de flagrante¹¹⁷⁷ trouve ici une grande résonance à travers l'exigence de l'indice apparent d'une infraction flagrante nécessaire au déclenchement de l'une ou l'autre des enquêtes. L'instauration d'un cadre unique d'enquête policière trouve sa justification dans l'effritement de la distinction entre enquête de flagrante et enquête préliminaire¹¹⁷⁸. L'enquête préliminaire, qui permet de vérifier la réalité de faits, est présentée comme un cadre juridique excluant le recours à la coercition, alors que l'enquête de flagrante, justifiée par l'urgence, octroie des larges pouvoirs aux policiers. Cette présentation est quelque peu inexacte. L'exigence de consentement de la personne mise en cause, qui était l'instrument de distinction entre enquête préliminaire et enquête de flagrante, s'est peu à peu brouillée¹¹⁷⁹. Le législateur ne cesse d'introduire la coercition dans le cadre juridique de l'enquête préliminaire. En cas d'instauration d'une enquête policière autonome, la question des effets juridiques produits par la dénonciation anonyme se poserait naturellement : comment la dénonciation anonyme serait-elle prise en compte ? Suffirait-elle à justifier la mise en œuvre de ce cadre juridique unique ou faudrait-il qu'elle soit corroborée par d'autres éléments ? Quel que soit le cadre juridique mis en place, la dénonciation anonyme devrait être prise en compte par la police judiciaire. Celle-ci devrait exploiter ce renseignement pour vérifier l'exactitude des déclarations. Si l'unification des enquêtes conduit à octroyer à la police judiciaire des pouvoirs exorbitants, la dénonciation anonyme s'avèrerait insuffisante pour ouvrir l'enquête policière autonome. En effet, il serait dangereux de considérer qu'une dénonciation anonyme, qui n'est rien d'autre qu'un simple soupçon, une perception subjective pourrait justifier la mise en œuvre d'un cadre juridique qui accorderait à la police judiciaire des pouvoirs coercitifs. Bien au contraire, la dénonciation anonyme devrait rester un simple renseignement qui, pour déclencher l'enquête policière

¹¹⁷⁷ V. *supra* n° 211.

¹¹⁷⁸ J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrante et enquête préliminaire », *Dr. pén.* oct. 2007, p. 17.

¹¹⁷⁹ C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 31 : « cependant, la nécessité de ce consentement, établi comme un rempart contre l'instrument de distinction entre enquête préliminaire et enquête de flagrante, s'est peu à peu effritée au fil des réformes législatives. D'exceptions en exceptions, l'exigence du consentement de la personne suspectée perd du terrain au profit de mesures coercitives réalisées sans son assentiment, ou bien effectuées avec l'illusion d'un consentement qui est en réalité presque contraint. La répartition traditionnelle entre les deux types d'enquête est désormais brouillée ».

autonome, devrait être corroboré par d'autres éléments. Ce qui obligerait la police judiciaire à mener, au préalable, des investigations pour vérifier la réalité de faits.

L'ouverture de l'enquête policière autonome serait justifiée en présence d'un indice extérieur révélant l'existence d'un comportement délictueux. La police judiciaire serait fondée à faire usage de la coercition, justifié par l'urgence. Lorsque la police judiciaire découvre, à l'occasion de ses investigations, des éléments objectifs rendant vraisemblable la commission actuelle ou récente de l'infraction, elle doit agir rapidement pour constater l'infraction et rassembler la preuve de celle-ci. Cette réaction rapide commande l'octroi, au profit de la police judiciaire, des prérogatives coercitives à l'encontre des citoyens. Sauf changement de paradigme consistant à laisser, en présence d'un simple soupçon, l'usage de la coercition à la discrétion de la police judiciaire¹¹⁸⁰, l'exigence de l'indice apparent d'un comportement délictueux plaide en faveur de la hiérarchisation des enquêtes de police.

396.- La dénonciation circonscrit étroitement les investigations policières. Au regard de la preuve elle permet de déclencher, du moins d'orienter l'enquête dans l'unique dessein d'obtenir de façon rapide la preuve de l'infraction. Si vrai que pendant longtemps elle était spontanée, elle apparaît à l'heure actuelle de plus en plus suscitée.

B. La dénonciation suscitée

397.- *A priori*, la personne qui fournit des renseignements utiles sur les affaires dont est saisie la police judiciaire est susceptible de courir des risques de représailles. Depuis longtemps, la violence commise sur la personne d'une victime ou un témoin pour influencer sa déposition est sévèrement punie¹¹⁸¹. Néanmoins, les dispositions destinées à protéger le témoin étaient d'une application limitée. Parce que leur vie et celle de leurs proches étaient en danger, le témoin estimant ces dispositions insuffisantes préférait taire les informations intéressant la police judiciaire. Dans le but de prévenir les risques d'intimidation aux fins de susciter les dénonciations, le législateur organise une forme d'anonymisation du témoignage (1) sans pour autant oublier d'accorder des garanties aux droits de la défense (2).

¹¹⁸⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012, n° 728, p. 648.

¹¹⁸¹ Articles 221-4, 222-3 et suivants du Code pénal.

1. L'anonymisation du témoignage

398.- La méthode consistant à préserver l'anonymat du témoin a été initiée par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995. Celle-ci donnait la possibilité au témoin d'occulter son domicile du dossier : il pouvait, sur l'autorisation du procureur de la République¹¹⁸² ou le cas échéant du juge d'instruction¹¹⁸³, déclarer comme domicile l'adresse du service chargé de l'enquête. Ainsi, la personne pouvait dénoncer des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale tout en conservant l'anonymat. Il faut bien voir, cependant, que la portée pratique de cette procédure était relativement limitée. L'anonymisation du témoignage n'était que partielle dans la mesure où seul était organisé l'anonymat de l'adresse. Dès lors, l'identification du témoin dans le dossier de la procédure était possible. Le mis en cause pouvait prendre connaissance de cette identité. Rien ne lui interdisait d'exercer indirectement à l'encontre du dénonciateur toute forme de violence susceptible de le décourager. Il est permis d'avancer que cette disposition était de nature à limiter la collaboration des personnes souhaitant témoigner tout en bénéficiant de l'anonymat. Dans l'intérêt de l'enquête de police, le statut protecteur du témoin dans la procédure doit relever à la fois de l'anonymat de son domicile et de lui-même¹¹⁸⁴.

399.- Pour répondre à cette exigence, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, complétée par celles n° 2002-307 du 4 mars 2002, n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 et n° 2004-204 du 9 mars 2004, est venue élargir le recours au témoin anonyme¹¹⁸⁵. Si la possibilité est toujours offerte au témoin de déclarer sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction comme domicile l'adresse du commissariat ou de la brigade de gendarmerie en ayant sa véritable adresse inscrite sur un registre coté et paraphé ouvert à cet effet¹¹⁸⁶, la déposition sous le sceau de l'anonymat est également possible en cas de procédure portant sur un crime ou sur un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, lorsque l'audition est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de la personne, des membres de sa famille ou de ses proches sur décision motivée du juge des libertés et de la détention, saisi par requête motivée du procureur

¹¹⁸² Ancien article 62-1 du Code de procédure pénale.

¹¹⁸³ Ancien article 153 du Code de procédure pénale.

¹¹⁸⁴ B. BOULOC, « La protection des témoins », *AJ Pén.* 2003, p. 73.

¹¹⁸⁵ Cette procédure a été recommandée par le Conseil de l'Europe : Recommandation Rec (2005) 9 et exposé des motifs, éditions du Conseil de l'Europe, 2005.

¹¹⁸⁶ Article 706-57 du Code de procédure pénale.

de la République ou du juge d'instruction¹¹⁸⁷. Aussi, le juge des libertés et de la détention peut procéder lui-même à cette audition¹¹⁸⁸. Cette dernière fait l'objet d'un procès-verbal sur lequel n'apparaît pas le nom ou la signature du témoin. Par contre, l'identité et l'adresse du témoin sont inscrites dans un procès-verbal signé par lui, qui est versé dans un dossier distinct du dossier de la procédure, et elles sont reportées sur un registre coté et paraphé, ouvert à cet effet au tribunal de grande instance. La révélation de l'identité ou de l'adresse d'un témoin ayant bénéficié de ces dispositions est sévèrement réprimée¹¹⁸⁹.

400.- Désormais, le témoin n'encourt, en principe, aucun risque de voir révéler son identité dans le dossier de la procédure. Cette prise en considération du risque couru a pour finalité de susciter des dénonciations. Dans le cadre de certaines matières sensibles, la protection totale du témoin apparaît indispensable dans la facilitation de la collecte de la preuve par la police judiciaire¹¹⁹⁰. Sans cette préservation, la police judiciaire risquerait de rencontrer de graves difficultés dans la recherche de la preuve. En pratique, « garantir l'anonymat peut se révéler compliqué si l'on tient compte du déroulement et de la logique de la procédure. Sauf à considérer que le témoin se présente spontanément ou est identifié à l'occasion d'une enquête de voisinage ou encore se trouve sur la scène de crime, il est plus difficile de dissimuler complètement celui qui apparaît déjà dans le dossier et dont l'audition est attendue. En pareil hypothèse, le mis en cause fait naturellement le rapprochement entre le témoin entendu sous X et l'intéressé. La rédaction du procès-verbal est source de difficulté car il faut éviter d'y faire figurer des éléments d'identification, surtout si la personne se situe dans l'entourage proche du mis en cause »¹¹⁹¹.

401.- Par ailleurs, il faut bien avouer que l'abaissement de quantum de la peine est générateur d'un risque d'instrumentalisation de la procédure. Initialement, le recours à l'anonymat du témoin n'était possible qu'en cas de crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement¹¹⁹². Avec cette exigence, seules les infractions d'une certaine gravité étaient susceptibles de déclencher cette procédure. A cet égard, il était difficile voire

¹¹⁸⁷ Article 706-58 du Code de procédure pénale.

¹¹⁸⁸ Article 706-58 du Code de procédure pénale.

¹¹⁸⁹ Elle est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende : article 706-59 du Code de procédure pénale.

¹¹⁹⁰ M. BENILLOUCHE, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, PUAM, 2004, p. 371 et s.

¹¹⁹¹ H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, n° 211, p. 206 et 207.

¹¹⁹² Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001.

impossible pour la police judiciaire d'en faire un usage abusif. C'est pourquoi le choix législatif consistant à abaisser le seuil « de la peine encourue de cinq à trois ans a une incidence considérable, car il élargit de manière notable les cas d'ouverture de cette procédure »¹¹⁹³. Si l'abaissement du seuil de la peine encourue est guidé par le souci de faciliter cette procédure, elle ne saurait pour autant la généraliser. La dangerosité de la généralisation du recours au témoin anonyme réside dans l'affaiblissement de l'efficacité du procédé. Sa remise en cause, liée au risque de faux témoignage ne serait pas à écarter. C'est la raison pour laquelle il serait nécessaire, pour éviter une banalisation de la procédure, de revenir au seuil initial, à savoir cinq ans d'emprisonnement ou du moins de dresser une liste d'infractions pour lesquelles l'anonymisation du témoignage serait envisageable.

402.- En tout état de cause, l'efficacité de la protection dépend de l'ignorance ou non par le mis en cause de l'identité du témoin. Si le mis en cause parvient à « se remémorer, par exemple, le nom des personnes présentes sur le lieu du délit, ou de celles ayant pu avoir connaissance de l'infraction et qui auraient pu dénoncer son auteur »¹¹⁹⁴, la préservation de l'anonymat du témoin n'aura aucune incidence sur les éventuelles violences susceptibles d'être exercées à son encontre¹¹⁹⁵. A vrai dire, « l'anonymat n'est une réelle garantie de sécurité que dans certaines hypothèses, où l'auteur présumé de l'infraction ne peut se douter de l'identité des témoins »¹¹⁹⁶. Il est cependant nécessaire que cette opacité ne soit pas totale afin de préserver certaines garanties aux droits de la défense.

2. Les garanties accordées aux droits de la défense

403.- Globalement, le statut protecteur de témoin dans la procédure entre en conflit avec le libre exercice des droits de la défense. En l'occurrence, l'absence de toute possibilité de connaître l'identité du témoin conduit à limiter l'équité procédurale. C'est justement pour concilier la nécessité de préserver la qualité du témoin avec la notion de procès équitable que le législateur a mis en place toute une série de règles *a priori* protectrices des intérêts procéduraux du mis en cause.

¹¹⁹³ J. LE CALVEZ, « Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme », *D.* 2002, chron. p. 3025.

¹¹⁹⁴ C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007, n° 244, p. 205.

¹¹⁹⁵ M. LEMONDE, « La protection des témoins devant les tribunaux français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 815.

¹¹⁹⁶ M. LEMONDE, « La protection des témoins devant les tribunaux français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 815.

404.- En premier lieu, Le recours à l’anonymat d’un témoin est exclu si, au regard des circonstances de commission des infractions ou de la personnalité du témoin, la connaissance de l’identité de la personne est indispensable à l’exercice des droits de la défense¹¹⁹⁷. Monsieur LE CALVEZ estime que cette disposition apparaît d’une portée bien illusoire, puisque « l’appréciation de cette dernière condition sera effectuée en cours d’instruction, c’est-à-dire, souvent, alors qu’aucun suspect n’aura encore été identifié : il sera donc impossible d’estimer que l’identité du témoin présenterait un caractère indispensable à l’exercice des droits de la défense puisque nul ne saura encore qu’il devra se défendre. En outre, il est singulier que ce qui est indispensable à l’exercice des droits de la défense puisse être laissé à l’appréciation du parquet ou d’un juge d’instruction »¹¹⁹⁸. Il est vrai que le plein exercice des droits de la défense, l’une des garanties du procès équitable, implique l’identification du témoin. Le mis en cause doit être en mesure de savoir à qui il a affaire afin de se faire une idée sur celui qui l’accuse. Il n’est pas, en principe, normal que le témoin implique le mis en cause sans que ce dernier puisse, à son tour, avoir la possibilité de l’identifier. Cela étant, cette « inégalité des armes » n’a pour finalité que d’assurer la protection du témoin face à d’éventuelles violences. Le fait que l’autorité judiciaire ait la possibilité d’écarter le témoignage sous le sceau de l’anonymat signifie tout simplement que, en dépit du respect des conditions exigées, l’octroi de cette préservation de l’identité n’est pas automatique. Seul serait automatique l’anonymat de l’adresse.

405.- Deuxièmement, en cas d’octroi de l’anonymat du témoignage, le mis en cause ayant pris connaissance de l’existence de l’audition réalisée anonymement peut, dans un délai de dix jours, contester le recours à cette procédure devant le président de la chambre de l’instruction. Ce dernier statue par une décision motivée, insusceptible de recours au vu des pièces de la procédure et de celles figurant dans le dossier présenté. S’il estime la contestation justifiée, il ordonne l’annulation de l’audition, et peut également ordonner que l’identité du témoin soit révélée, à condition que ce dernier fasse expressément connaître qu’il accepte la levée de son anonymat¹¹⁹⁹. Cette procédure suscite quelques réserves car « d’une part le recours prévu devant le président de la chambre de l’instruction ne respecte pas le principe du contradictoire dans la mesure où le magistrat apprécie les éléments écartés du dossier, alors que l’avocat

¹¹⁹⁷ Article 706-60, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

¹¹⁹⁸ J. LE CALVEZ, « Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme », *D.* 2002, chron. p. 3026.

¹¹⁹⁹ Article 706-60, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

n'en a pas connaissance. Celui-ci éprouvera quelques difficultés à développer une argumentation fondée, ainsi que le permet la loi, sur la personnalité du témoin sans même connaître son identité. D'autre part, l'exigence d'une décision motivée du président de la chambre de l'instruction paraît illusoire puisqu'elle est insusceptible de recours »¹²⁰⁰. Sur cette dernière critique, il ne faut pas éluder l'idée selon laquelle le non respect de l'obligation de rendre une décision motivée constituerait une violation des droits de la défense « causant ipso facto une atteinte aux intérêts de la personne mise en examen, et qui donnerait par conséquent lieu à une annulation ultérieure, même en l'absence de texte le prévoyant »¹²⁰¹.

406.- De plus, si l'anonymat demeure, la personne mise en cause peut demander à être confrontée avec le témoin anonyme par l'intermédiaire d'un dispositif technique permettant l'audition du témoin à distance ou à faire interroger ce témoin par son avocat par ce même moyen garantissant l'altération de la voix et de l'image¹²⁰². Malgré la dissimulation de l'identité du témoin, l'effectivité du principe du contradictoire implique une rencontre entre les acteurs de la procédure. S'il est possible de s'appuyer sur des sources telles que les témoins anonymes, il est cependant nécessaire que le mis en cause puisse interroger le témoin¹²⁰³. Le système garantissant l'anonymat apparaît d'un handicap difficilement surmontable pour le mis en cause. L'apparence de celui qui dépose constitue un élément intéressant tous les acteurs de la procédure. L'aspect physique permet de se faire une idée sur le témoin, partant, sur la crédibilité de ses déclarations. Ce dispositif technique, s'il tend donc à faire en sorte que l'anonymat du témoin soit conservé, surmonte toutefois le handicap que subit le mis en cause en permettant une conciliation entre le principe du contradictoire et le recours au témoin anonyme.

407.- Enfin, le témoignage anonyme ne peut en tout état de cause constituer le seul élément sur lequel repose la condamnation¹²⁰⁴. Pour certains, cette exigence constitue une dérogation au principe de l'intime conviction¹²⁰⁵ et de la libre appréciation des preuves par le juge¹²⁰⁶. De ce fait, elle porte donc atteinte « à des principes généraux de notre droit et vient heurter de

¹²⁰⁰ C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007, n° 205, p. 184.

¹²⁰¹ C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007, n° 205, p. 184.

¹²⁰² Article 706-61 du Code de procédure pénale.

¹²⁰³ V. *supra* n° 259.

¹²⁰⁴ Article 706-62 du Code de procédure pénale.

¹²⁰⁵ E. VERGES, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec, 2011, p. 85.

¹²⁰⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *aux sources de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, éditions des journaux officiels, juin 2004, p. 499.

plein fouet les considérations d'ordre éthique qui gouvernent notre justice »¹²⁰⁷. Cette affirmation n'est pas satisfaisante car, d'une part, cette exigence n'est pas sans rappeler « la tendance jurisprudentielle consistant à exclure, du domaine de la flagrance, un simple renseignement ou une dénonciation anonyme, voire un coup de téléphone anonyme. Ce n'est que si ces éléments sont corroborés par des indices extérieurs faisant apparaître un comportement délictueux que la police peut légalement se saisir en flagrance. Dès lors, si un témoignage anonyme ne peut constituer un indice apparent justifiant l'ouverture d'une enquête de flagrance, il ne peut pas *a fortiori* servir de fondement à une condamnation »¹²⁰⁸. D'autre part, le fait de donner une valeur probante certaine au témoignage anonyme pourrait conduire à de dérives. La personne qui témoignerait, pourrait elle-même être un malfaiteur qui, pour se venger d'un différend, serait amenée à déposer contre une personne qu'elle considère comme « concurrente ». Alors que si on considère le témoignage anonyme comme un indice pouvant compléter d'autres indices pour en former une véritable preuve, cela contraindrait la police judiciaire de vérifier la fiabilité des déclarations recueillies aux fins d'éviter des fausses délations.

408.- Même si on peut regretter l'absence, lors de l'audition du témoin anonyme, de la présence d'un juge pour qu'il puisse se faire une idée sur la crédibilité du témoin, nécessaire à la détermination de la fiabilité des déclarations effectuées¹²⁰⁹, ces dispositions paraissent conformes aux exigences de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 6 §3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à « tout » accusé le droit d' « interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ». A première vue, cette disposition semble incompatible avec le recours à l'anonymisation du témoignage. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme a admis le recours à ce procédé sous diverses conditions restrictives¹²¹⁰. Les plus

¹²⁰⁷ M.-H. GALMARD, *Etat, Société civile et Loi pénale*, PUAM, 2006, n° 438, p. 331.

¹²⁰⁸ H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 428.

¹²⁰⁹ G. CLEMENT, « Le secret de la preuve pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 189 ; H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 429 ; B. BOULOC, « La preuve en matière pénale », in *La preuve*, C. PUGELIER (dir.), Economica, 2004, p. 48.

¹²¹⁰ J.-F. RENUCCI, « Les témoins anonymes et la CEDH », *Rev. pén.* 1998, 3 : « la prise en considération de témoignage anonyme dans le cadre de l'enquête préliminaire est compatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1997, sommaire, p. 207 ; J. CALLEWAERT, « Témoignages anonymes et droits de la défense », *RTDH* 1990, p. 270 ; B. DE SMET, « La défense face aux témoins anonymes et la Conv. EDH », *RID pén.* 1998 ; M. BOURMANNE, « L'audition des témoins lors du procès pénal dans la

importantes aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme semblent être le respect du principe du contradictoire et le refus de condamnation sur le seul fondement du témoignage anonyme.

En ce qui concerne la première¹²¹¹, la Cour européenne des droits de l'homme estime que « les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Il n'en résulte pas pour autant que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire ou en public pour servir de preuve, en particulier, cela peut se révéler impossible dans certains cas. En règle générale, l'article 6 de la Convention européenne commande d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard »¹²¹². Le recours à l'anonymisation du témoignage n'est pas contraire au droit à un procès équitable dès lors que cela ne fait pas subir à la défense un handicap insurmontable rompant l'égalité des armes¹²¹³. Tel est le cas si le mis en cause a eu une occasion adéquate et suffisante de contester le témoignage en cause, au moment de la déposition ou plus tard¹²¹⁴. *A contrario*, si la condamnation se fonde « uniquement ou dans une mesure déterminante, sur les dépositions d'un témoin que ni au stade de l'instruction ni pendant les débats l'accusé n'a eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger, les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 »¹²¹⁵. Même si le droit de faire entendre des témoins n'est pas absolu¹²¹⁶, la Cour européenne des droits de l'homme estime que dans le cas où l'absence de confrontation est due à

jurisprudence des organes de la Convention. EDH », *RTDH* 1995, p. 41 ; D.-N. COMMARET, « Les métamorphoses de la preuve », *Rev. pén.* 2003, 741 ; M. GUERIN, « Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2002, p. 45.

¹²¹¹ V. *supra* n° 406.

¹²¹² CEDH, 20 nov. 1989, *Kotovski c/ Pays-Bas*, série A, n° 166, § 41, p. 20 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 149 et 388, obs. L.-E. PETTITI ; *RTDH* 1990, p. 267, obs. J. CALLEWAERT ; *Dr. pén.* 1990, comm. 143, obs. A. MARON ; *JDI* 1990, 738, obs. P. ROLLAND ; *AFDI* 1991, 602, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE.

¹²¹³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, Droit fondamental, 2012, p. 204.

¹²¹⁴ CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c/France*, série A, n° 190, p. 16 ; *Rev. sc. crim.* 1991, p. 393, obs. L.-E. PETTITI ; *D.* 1991, somm. p. 213, obs. J. PRADEL ; *RTDH* 1992, 51, note J. SALCE ; CEDH, 15 juin 1992, *Ludi c/Suisse*, série A, n° 238 ; *RTDH* 1993, p. 313, obs. C. DE VALKENEER ; *JCP* 1993, I, 3654, obs. F. SUDRE ; CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c/Pays-Bas* ; *D.* 1997, somm. 359, obs. J.-F. RENUCCI ; *D.* 1998, somm. 174, obs. J. PRADEL ; *JCP G*, 1998, I, 107, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 1998, 145, note J. DE CODT.

¹²¹⁵ CEDH, 19 nov. 2009, *Oleg Kolesnik c/ Ukraine*, *JCP* 2009, 545, obs. L. MILANO ; CEDH, 20 sept. 1993, *Saidi c/ France*, série A, n° 261 C ; *JCP G*, 1994, II, 22215, note P. CHAMBON ; *JCP G*, 1994, I, 3742 ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 142, obs. L.-E. PETTITI, et p. 362, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.* 1995, somm. p. 104, obs. J.-F. RENUCCI

¹²¹⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, Droit fondamental, 2012, n° 148.

l'impossibilité de retrouver le témoin, il doit être établi que les autorités compétentes ont activement recherché le témoin aux fins de permettre cette confrontation. Même cette recherche active ne vaut pas dispense. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme n'admet une condamnation fondée sur les dépositions d'un témoin à charge que l'accusé n'a pu interroger si le défaut de confrontation est dû à l'impossibilité de localiser le témoin que si la condamnation ne repose pas exclusivement sur le témoignage litigieux¹²¹⁷. Ainsi, aucune condamnation ne saurait se fonder uniquement sur ce témoignage.

Quant à la seconde condition, il est important de souligner que le témoignage anonyme ne constitue qu'un simple indice nécessitant l'apport d'autres éléments de preuve pour soutenir l'accusation¹²¹⁸. En d'autres termes, la condamnation doit se fonder, dans une mesure importante, sur d'autres preuves, non obtenues de manière anonyme¹²¹⁹.

409.- En somme, il était craint une trop grande « inégalité des armes » due à l'introduction du témoignage anonyme dans la procédure. Le handicap que subit le mis en cause semble être compensé par des contreparties plus ou plus moins importantes. Sauf exception, ces contreparties tendent à restreindre l'atteinte portée aux droits de la défense, par là même à l'exigence d'un procès équitable.

Cette question de l'anonymisation du témoignage se prolonge à travers le problème de la collaboration d'une catégorie particulière d'acteurs privés à la recherche de la vérité.

§2. L'extension de la collaboration procédurale

410.- La tendance perceptible dans les investigations à valoriser la recherche probatoire conduit dans la pratique policière, dans sa quête de recherche de soutiens, à une plus grande ouverture sur l'extérieur. La collaboration procédurale ne tend plus à se limiter au seul « bon père de famille ». Elle semble se généraliser aussi bien à un simple dénonciateur qu'à un individu en contact permanent avec les malfaiteurs. Bien que l'utilisation des informations

¹²¹⁷ CEDH, 13 nov. 2003, Rachdad c/ France, *D.* 2004, somm. p. 988, obs. J.-F. RENUCCI ; *AJ Pén.* 2004, p. 76.

¹²¹⁸ V. *supra* n° 407.

¹²¹⁹ CEDH, 23 avr. 1997, Van Mechelen c/ Pays-Bas, *JCP* 1998, I, 107, obs. F. SUDRE ; *RTDH* 1998, 158, obs. J. DE CODT ; CEDH, 26 mars 1996, Doorson c/ Pays-Bas, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 484, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RDPC* 1997, 1221, note M.-A. BEERNDERT ; *D.* 1997, somm. p. 207, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 20 nov. 1989, Kotovski c/ Pays-Bas, série A, n° 166, § 41, p. 20 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 149 et 388, obs. L.-E. PETTITI ; *RTDH* 1990, p. 267, obs. J. CALLEWAERT ; *Dr. pén.* 1990, comm. 143, obs. A. MARON ; *JDI* 1990, 738, obs. P. ROLLAND ; *AFDI* 1991, 602, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE.

transmises aux forces de police demeure essentielle, le législateur a toujours été réticent à reconnaître des individus controversés comme des véritables collaborateurs des institutions policières et judiciaires. Il est toutefois à noter l'existence de quelques dispositions législatives éparses traitant de la question. L'éparpillement de ces dispositions semble se justifier par la difficile acceptation d'un véritable statut de collaborateur à une personne en lien avec les malfaiteurs. Pourtant, le recours à ces personnes controversées a permis d'obtenir certains résultats probants. A prévalu l'idée selon laquelle la police judiciaire ne peut se passer de leur service. Et, la jurisprudence a, depuis longtemps, admis cette collaboration. Cette distorsion entre le législateur et la jurisprudence sur le statut juridique faisait de ces personnes des collaborateurs officieux. De cette situation de fait est né le vif débat sur l'opportunité de consacrer de manière complète la collaboration procédurale de cette catégorie particulière d'acteurs privés. La solution du problème est venue d'un côté de la sophistication des infractions. Il est devenu difficile pour la police judiciaire d'obtenir la preuve de l'infraction. La technicité des méthodes employées par les malfaiteurs constitue un obstacle au bon déroulement de travail des policiers. D'un autre côté, l'heure est à la consécration de la collaboration procédurale de ces personnes au niveau international. Toutes ces raisons ont conduit à une reconnaissance législative officielle. En consolidant les pratiques policières (A), le législateur cherche à encourager cette collaboration en octroyant certains privilèges (B).

A. La consolidation législative des pratiques policières

411.- L'équivoque et usuelle expression « collaboration des délinquants » désigne plus précisément la communication d'informations par des individus connus des services de police¹²²⁰. Qui sont-ils ? Fréquemment, plusieurs termes sont utilisés pour désigner ces collaborateurs. Mais en pratique, le statut de la collaboration procédurale est accordé à des indicateurs (1) et aux repentis (2).

1. Les indicateurs

412.- L'indicateur peut être défini comme « tout individu qui divulgue à un agent de l'Etat des renseignements relatifs à la perpétration d'une infraction sous le couvert de l'anonymat »¹²²¹.

¹²²⁰ J.-P. BRUNET, *La police de l'ombre : indicateurs et provocateurs dans la France contemporaine*, Seuil, 1990, p. 13 et s.

¹²²¹ F. LACASSE et Y. POULIN, « La protection juridique des indicateurs de police en droit canadien », *Rev. sc. crim.* avril/juin 2007, p. 282 ; G. DI MARINO, *L'indicateur*, in *Problèmes actuels de la science criminelle*,

Son usage en matière fiscale¹²²² et douanière¹²²³ est depuis longtemps admis par le législateur¹²²⁴. Alors qu'en matière pénale, le droit français s'est contenté de l'ignorer. Se révélant des alliés utiles des forces de police, la jurisprudence n'a pas voulu nier à celles-ci le droit et le devoir de recourir aux indicateurs. La police judiciaire s'était vue octroyer par la jurisprudence le droit de s'appuyer sur des renseignements mentionnés dans des procès-verbaux, fournis par des personnes « dignes de foi et désirant garder l'anonymat ». Afin de préserver les droits de la personne mise en cause, il importe de souligner que la défense restait « libre de discuter les renseignements fournis dans une source anonyme »¹²²⁵.

413.- Du reste, la situation de l'indicateur ne saurait se confondre avec la procédure de témoin anonyme, de telle sorte que « le procès-verbal qui rapporte des informations obtenues par un policier auprès d'une personne désirant conserver l'anonymat, constitue, non pas un procès-verbal d'audition de témoin entrant dans les prévisions des articles 706-57 et suivants du Code de procédure pénale, mais un procès-verbal de renseignement destiné à guider d'éventuelles investigations sans pouvoir être retenu lui-même comme un moyen de preuve »¹²²⁶. Autrement dit, les dispositions relatives à la protection des témoins ne s'appliquent pas aux indicateurs dont les déclarations ne sont pas des éléments de preuve, mais de simples indices qui, pour devenir de véritables preuves, imposent aux forces de police d'effectuer des investigations. Dès lors, les renseignements transmis par les indicateurs permettent simplement d'orienter les recherches. Cette orientation peut conduire à la découverte d'autres preuves décisives qui, par ailleurs, en elles-mêmes, permettront de confondre les auteurs.

414.- En pratique, ce procédé a montré son utilité ; de nombreuses affaires ont pu être résolues grâce aux informations fournies par ces indicateurs¹²²⁷. Si bien qu'à l'heure actuelle, l'importance de leur contribution à l'élucidation des infractions a conduit le législateur, non sans réticences, à une véritable reconnaissance de la collaboration procédurale des indicateurs.

III, PUAM, 1990, p. 80 : « l'indicateur est celui qui, recevant ou non un avantage, fournit des renseignements sur une affaire, sans que son identité ne soit divulguée ».

¹²²² Article 1825 F du Code général des impôts.

¹²²³ Article 2 du décret n° 57-520 du 18 avril 1957, article 391 du Code des douanes.

¹²²⁴ J. LETANG, « Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier », *Gaz. Pal.* 1993, 2, doct. p. 1370.

¹²²⁵ Cass. crim., 6 juil. 1894, Bull. crim., n° 180 ; *DP* 1899, 1, 171 ; Cass. crim., 30 août 1906, *DP* 1907, I, 417 ; Cass. crim., 4 avr. 1924, *DP* 1925, I, 10.

¹²²⁶ Cass. crim., 9 juil 2003, Bull. crim., n° 138 ; *AJ Pén.* 2003, p. 73, obs. A.P.

¹²²⁷ Par exemple les affaires Dreyfus, Medhi Ben Barka, Mesrine.

415.- L'article 3 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité consacre l'existence des indicateurs. Hormis les personnes appartenant aux administrations publiques, toute personne peut bénéficier du statut d'indicateur dès lors qu'elle fournit des informations ayant amené directement soit à la découverte des crimes ou des délits, soit à l'identification des auteurs de crimes ou délits¹²²⁸. L'indicateur peut être un « honnête homme qui a surpris le secret d'un crime »¹²²⁹, un ancien criminel resté en contact avec le réseau criminel, un ancien condamné ou encore un condamné en cours d'exécution de sa peine¹²³⁰. Le législateur semble avoir adopté une conception large de l'indicateur, conséquence de la prise en compte de la pratique policière dans le domaine de la lutte contre les infractions particulières.

416.- Officiellement, la police judiciaire compte 1700 indicateurs¹²³¹ recensés dans un fichier du bureau central des sources qui dépend de la direction centrale de la police judiciaire. Les gendarmes ont environ 750 « sources humaines de renseignement » et les douaniers ont 2000 « aviseurs »¹²³². C'est surtout en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants que la police judiciaire est amenée à inciter des simples usagers à fournir les éléments permettant d'identifier les trafiquants. Pour faciliter cette collaboration, la police judiciaire peut être tentée de proposer à ces usagers un « pacte » : abandon des poursuites en échange d'informations sur le trafic. Si cela se réalise, la police judiciaire usurpe la fonction dévolue au magistrat du parquet qui, seul, peut apprécier l'opportunité de la poursuite¹²³³. En réalité, ce magistrat admet « qu'en cas de nécessité impérieuse, le policier prenne certaines initiatives en ce domaine, à la condition qu'il lui en soit ultérieurement référé »¹²³⁴. Ce comportement semble être admis par la jurisprudence. Ainsi, la fourniture par l'utilisateur de stupéfiants des renseignements sur l'un de ses fournisseurs ayant permis l'interpellation de celui-ci et la saisine du cannabis et divers objets révélateurs de la réalité d'un trafic de stupéfiants peut être prise en compte dans le déclenchement de poursuites¹²³⁵.

¹²²⁸ Nouvel article 15-1 inséré dans la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, loi dite d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *JO* 24 janvier, p. 1249, mod. Art. 3 loi n° 2004-204, 9 mars 2004.

¹²²⁹ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, p. 1419.

¹²³⁰ Article 721-3 du Code de procédure pénale.

¹²³¹ Ils sont appelés tontons dans le jargon policier.

¹²³² CH. CORNELIEN, *Les indic : cette France de l'ombre qui informe l'Etat*, Flammarion, 2011, p. 323 et s.

¹²³³ Article 40 du Code de procédure pénale.

¹²³⁴ G. DI MARINO, *L'indicateur*, in *Problèmes actuels de science criminelle*, III, PUAM, 1990, p. 84 et 85.

¹²³⁵ Cass. crim., 23 mars 1992, Bull. crim., n° 123 ; *Dr. pén.* Août-sept. 1992, n° 215, p. 17, obs. A. MARON.

417.- En somme, les informations divulguées par les indicateurs apparaissent extrêmement précieuses : elles sont destinées à orienter les investigations policières. Cette situation a suscité l'admission d'une catégorie particulière d'acteurs privés comme de véritables collaborateurs dans la recherche de la vérité. Il est apparu en effet déraisonnable d'admettre, actuellement, que seuls les « honnêtes hommes » puissent jouir de la collaboration procédurale. Les repentis présentent la caractéristique particulière d'être issus des milieux criminels. Ils peuvent fournir des renseignements susceptibles d'identifier tous les membres d'un réseau et donc de faciliter son démantèlement. C'est la raison pour laquelle le législateur a décidé d'octroyer aux repentis un statut de collaborateur.

2. Les repentis

418.- Les repentis sont « les auteurs d'infractions déterminées qui consentent à collaborer avec les autorités répressives en contrepartie d'avantages divers leur permettant soit d'échapper totalement ou partiellement à la peine qu'ils auraient dû normalement encourir, soit de bénéficier de mesures de faveur dans le cadre de l'exécution de leur peine »¹²³⁶. Cette collaboration procédurale a vu le jour aux Etats-Unis dans la lutte contre la criminalité organisée¹²³⁷. Ensuite, certaines législations européennes telles que la législation italienne¹²³⁸ et la législation portugaise¹²³⁹ se sont orientées vers l'organisation d'un statut de repentis en vue de la lutte contre les attentats terroristes ou contre le crime organisé. Il existait en France, depuis une vingtaine d'années, quelques dispositions éparses qui « promettaient » à un repentis, dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants¹²⁴⁰, le terrorisme¹²⁴¹, la fausse monnaie¹²⁴², l'association de malfaiteurs¹²⁴³, une exemption ou une réduction de peine en cas de dénonciation de ses coauteurs ou complices ou d'abandon de ses activités. Au demeurant,

¹²³⁶ S. D'ORAZIO, « L'évolution de la lutte contre la criminalité grave et organisée en Belgique », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception, étude de droit comparé*, M.-L. CESONI (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 57.

¹²³⁷ K.-S. GALLANT, C. DENIS, C. MATHIEU, « La lutte contre la criminalité en droit fédéral américain », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception, étude de droit comparé*, M.-L. CESONI (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 165.

¹²³⁸ F. PALAZZO, « La législation italienne sur les « repentis » : discipline, problèmes et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 753 ; M. CHEVARIO, « Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 30.

¹²³⁹ J.-A. BARREIROS, « Crime et châtement, Statut des repentis », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 751.

¹²⁴⁰ Article 222-43-1 du Code pénal.

¹²⁴¹ Articles 422-1 et 422-2 du Code pénal.

¹²⁴² Articles 442-2 et 442-10 du Code pénal.

¹²⁴³ Article 450-2 du Code pénal.

l'utilité du procédé dans la facilitation du travail des policiers aboutit à sa consécration tant au niveau des Nations unies¹²⁴⁴ que de l'Union européenne¹²⁴⁵.

419.- A la différence du statut du repentis mis en place dans les législations étrangères qui prend en compte les conséquences dangereuses de sa collaboration dans la mise en place des mécanismes complets de protection, les dispositions du droit français étaient éparpillées et témoignaient de l'embarras du législateur à passer un contrat avec « les malfaiteurs ». Toutefois, la nature de certaines infractions, difficiles à déceler, a justifié un « réexamen de la tradition juridique »¹²⁴⁶.

420.- La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004¹²⁴⁷ qui institue le statut complet de repentis n'a pas pour autant généralisé cette technique au-delà de certaines limites. Elle a simplement élargi cette collaboration à des infractions autres que celles initialement couvertes. Il s'agit d'infractions considérées comme particulièrement graves telles que l'assassinat et l'empoisonnement¹²⁴⁸, les tortures et actes de barbarie¹²⁴⁹, l'enlèvement et la séquestration¹²⁵⁰, le proxénétisme¹²⁵¹, la traite des êtres humains¹²⁵², la fabrication et la détention illégale d'armes, le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport¹²⁵³, le vol et l'extorsion en bande organisée¹²⁵⁴. Un auteur regrette qu'aucune mesure de faveur ne soit prévue en « matière de blanchiment ou de recel, qui sont pourtant au cœur de la criminalité organisée en assurant l'alimentation financière du réseau »¹²⁵⁵.

¹²⁴⁴ Article 26 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée du 15 décembre 2000, dite « Convention de Palerme ».

¹²⁴⁵ Résolution du Conseil du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, *JOCE* n° C010 du 11 janvier 1997, p. 1 ; ainsi que l'article 6 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 1992 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE* n° L 164 du 22 juin 2002, p. 5.

¹²⁴⁶ B. BOULOC, « La tradition française relativement au statut des repentis », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 753.

¹²⁴⁷ Cette loi institue dans le Code pénal des dispositions sur les repentis, mais les décrets d'application n'ont jamais été pris. Finalement, le gouvernement a finalisé, le 12 septembre 2013, le décret mettant en œuvre un statut pour les repentis « afin de permettre aux personnes qui le souhaitent de sortir de la criminalité organisée ». Le dispositif devrait être opérationnel début 2014.

¹²⁴⁸ Article 221-5-3 du Code pénal.

¹²⁴⁹ Article 226-6-1 du Code pénal.

¹²⁵⁰ Article 224-5-1 du Code pénal.

¹²⁵¹ Article 225-11-1 du Code pénal.

¹²⁵² Article 225-4-9 du Code pénal.

¹²⁵³ Article 224-8-1 du Code pénal.

¹²⁵⁴ Articles 311-9-1 et 312-6-1 du Code pénal.

¹²⁵⁵ B. DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, chron. p. 1910. p. 1917.

421.- Du point de vue des droits de la défense, l'existence d'un statut particulier pour les repentis pose différents problèmes, notamment celui de la crédibilité des déclarations. Il semble que cette difficulté a été prise en compte par le législateur¹²⁵⁶. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le dernier alinéa de l'article 132-78 du Code pénal précise qu'aucune condamnation ne peut être fondée sur les seules déclarations d'un repentis. Tel est également le principe posé en matière de témoignage anonyme, de l'agent infiltré. Il ressort de cette observation que les renseignements fournis par une personne bénéficiant des mesures particulières de protection ne peuvent avoir aucune valeur probante. Ils ne constituent que de simples indices venant renforcer d'autres indices déjà à la disposition de la police judiciaire pour en former une véritable preuve à charge. Cette exigence apparaît comme un moyen d'éviter des déviations procédurales¹²⁵⁷. La discussion sur la fiabilité des témoignages ainsi obtenus ne peut qu'aboutir à prévenir les fausses déclarations. Dès lors, le repentis ne saurait bénéficier d'une trop grande confiance de la part de la police et de la justice. Au risque d'attenter à l'équité procédurale, la méfiance sur ces déclarations doit demeurer la règle.

Il est une autre règle : moyennant une aide efficace, les collaborateurs se voient accorder certains privilèges

B. Les privilèges de la collaboration procédurale

422.- Naturellement, la collaboration procédurale n'est pas sans conséquences pour ceux qui procèdent à des révélations. Elle comporte de la part des criminels un risque sinon de vengeance, du moins de pressions pour que cette collaboration cesse. Cette insécurité, en mettant gravement en danger la vie du collaborateur et de ses proches, entraîne un découragement à la collaboration. On ne peut guère s'attendre à ce qu'une personne prête son assistance à la police judiciaire si elle ne bénéficie pas d'une réelle garantie de sécurité. Pour faciliter de dénonciations, il est apparu nécessaire de taire l'identité des collaborateurs (1) et de leur assurer une prime à la collaboration (2).

¹²⁵⁶ Y. ROUSSEL, « L'introduction du « repentis » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ Pén.* 2005. 363.

¹²⁵⁷ L.-E. PETTITI, « Le problème des repentis », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 753.

1. La confidentialité de l'identité

423.- La confidentialité de l'identité est une mesure de faveur accordée et à l'indicateur (a) et au repentant (b).

a. La confidentialité de l'identité au bénéfice de l'indicateur

424.- S'agissant des indicateurs, la jurisprudence s'est très tôt préoccupée de la question de la préservation de leur identité. Elle a affirmé qu'un policier pouvait promettre la confidentialité de l'identité de son informateur, et cette promesse sera tenue même lorsqu'il est appelé à témoigner devant le juge d'instruction ou les juges de fond, en se retranchant derrière le secret professionnel¹²⁵⁸. La police judiciaire ne pourrait établir de rapports de confiance avec des individus souhaitant l'aider si elle trahit sa parole. Il s'agit d'une opportunité qui est octroyée à la police judiciaire, en contrepartie de cette promesse, de recueillir plus rapidement des renseignements susceptibles d'accélérer ses enquêtes. Cette promesse joue également un rôle vital dans la protection des collaborateurs. Elle évite à ces derniers de subir d'éventuelles représailles. A l'évidence, le recours à l'anonymat de l'indicateur profite à la fois à la police judiciaire en encourageant la collaboration et à l'indicateur en écartant les risques de violences¹²⁵⁹.

En pratique, l'identité de l'indicateur n'apparaît pas dans le fichier recensant tous les indicateurs officiels de la police. A la place de son nom figure un algorithme établi à partir de lettres de son nom, prénom, son sexe et sa date de naissance. Figure également le rayon d'action de l'indicateur ainsi que ses spécialités criminelles¹²⁶⁰.

425.- Du coup, l'article 451, alinéa 2 du Code de procédure pénale ne peut s'appliquer aux indicateurs sans remettre en cause l'ensemble du système des informateurs. En effet, cet article prévoit que « celui dont la dénonciation est récompensée pécuniairement par la loi, peut aussi être entendu en témoignage, à moins qu'il n'y ait opposition d'une des parties, ou du ministère public ». Cette disposition est d'une extrême dangerosité si elle laisse la

¹²⁵⁸ Cass. crim., 6 juil. 1894, Bull. crim., n° 180 ; Cass. crim., 30 août 1906, *DP* 1907, I, 417 ; Cass. crim., 4 avr. 1924, *DP* 1925, I, 10.

¹²⁵⁹ Le 14 septembre 2008, le corps d'un jeune de 20 ans a été retrouvé dans le coffre d'une voiture en feu, carbonisée. L'enquête établit que ce jeune trafiquant de drogue était un informateur de la Brigade Anti Criminalité de Marseille. Son identité avait été révélée par certains membres de cette brigade auprès des autres trafiquants de drogues. Raison pour laquelle il a été tué. Il apparaît donc que la révélation de l'identité d'un indicateur signe son arrêt « de mort ».

¹²⁶⁰ CH. CORNELIEN, *Les indices : cette France de l'ombre qui informe l'Etat*, Flammarion, 2011, p. 244 et s.

divulgarion de l'identité de l'informateur à la discrétion des parties et du parquet. Cette demande serait systématiquement exigée par la personne mise en cause. Si elle venait à s'appliquer aux indicateurs, cette disposition constituerait le véritable obstacle à l'efficacité de la collaboration, *a fortiori*, à l'efficacité des investigations policières. Elle contribuerait à encourager les personnes à taire des renseignements en raison de la faible garantie de sécurité dont elles seraient susceptibles de bénéficier. C'est la raison pour laquelle il serait logique de considérer que si l'indicateur est appelé à déposer comme témoin, il devrait bénéficier des mesures de protection particulières dont bénéficie le témoin anonyme, l'agent infiltré ou le repentir. En particulier, son identité ne devrait apparaître à aucun stade de la procédure. Cette préservation, tout en le protégeant, lui permettrait de continuer à jouer, à l'avenir, son rôle « d'homme de l'ombre ».

426.- Du moins, on pourrait s'inspirer des dispositions contenues dans le droit canadien. Celles-ci prévoient que le principe de la confidentialité de l'identité de l'indicateur n'est pas absolu. Il connaît une exception dans le cas où sa divulgation s'avère nécessaire afin de démontrer l'innocence du mis en cause lorsque l'indicateur est un témoin essentiel du crime, ou il agit à titre d'agent provocateur, ou encore en l'absence de justification d'une perquisition¹²⁶¹. Lorsque le tribunal ordonne la levée de la confidentialité, la décision finale de la divulgation de l'identité est, en principe, laissée à la discrétion du ministère public. Mais en réalité, le dernier mot revient à l'indicateur puisqu'il doit obligatoirement consentir à sa révélation. Car « la perspective de voir son identité dévoilée peut en effet s'avérer lourde de conséquences non seulement pour l'indicateur, mais également pour ses proches qui risquent de voir leur vie littéralement basculer en raison des mesures de protection dont ils devront possiblement faire l'objet »¹²⁶². Cette perspective fait que la confidentialité de l'identité de l'indicateur ne doit souffrir d'aucune exception. Telle est la règle qui semble guider la collaboration de repentir.

b. La confidentialité de l'identité au profit de repentir

427.- En décidant de collaborer, le repentir est vu comme un « traître » par ses anciens amis. Ces derniers chercheraient à le retrouver pour se venger. Cette éventualité met gravement en

¹²⁶¹ F. LACASSE et Y. POULIN, « La protection juridique des indicateurs de police en droit canadien », *Rev. sc. crim.* avril/juin 2007, p. 279 et s.

¹²⁶² F. LACASSE et Y. POULIN, « La protection juridique des indicateurs de police en droit canadien », *Rev. sc. crim.* avril/juin 2007, p. 292.

danger sa vie, son intégrité physique ou celle de ses proches. Pour se soustraire aux éventuelles vengeances, il est contraint de rentrer dans la « clandestinité ». Il est alors nécessaire d'organiser des mesures de précaution destinées à garantir sa sécurité. En premier lieu, le président du tribunal de grande instance peut, par une ordonnance motivée, autoriser le repentant à faire usage d'une identité d'emprunt¹²⁶³. Ce changement d'identité constitue une protection non seulement pour le repentant, mais également pour ses proches. Ainsi, en ignorant l'identité réelle du repentant, les criminels ne peuvent exercer des représailles sur sa famille. Il est à noter la variabilité de la sanction en cas de révélation de l'identité réelle¹²⁶⁴. D'une part, la révélation de l'identité réelle d'une personne ayant bénéficié du statut de repentant est punie de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende¹²⁶⁵. D'autre part, la peine encourue est aggravée de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque la révélation a causé, directement ou indirectement, des violences, coups et blessures au repentant, à son conjoint, enfants et ascendants directs et de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende s'il en est résulté le décès d'une de ces personnes¹²⁶⁶.

428.- En tout cas, le bénéfice de l'identité d'emprunt reste très « improbable »¹²⁶⁷ en raison « des nombreux problèmes juridiques soulevés dans notre droit interne par l'octroi d'une fausse identité »¹²⁶⁸. A l'inverse de l'indicateur, l'originalité de la mesure consiste à assurer au repentant sa protection au moyen d'une garde rapprochée. Cette dernière apparaît comme un complément indispensable à la sécurité de repentant. Lorsque cela s'avère insuffisant et que le risque d'attenter à sa vie s'accroît, la décision ultime peut être le changement de pays. Le coût de ces diverses mesures est pris en charge par l'Etat. Il en ressort donc qu'en contre partie de renseignements fournis, le collaborateur bénéficie de divers avantages ; une forme de prime à la collaboration.

¹²⁶³ Article 706-63-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

¹²⁶⁴ S. DETRAZ, « Un aspect de la protection des infiltrés et des repentants : le délit de révélation d'identité », *Rev. sc. crim.* janvier/ mars 2006, p. 49 et s.

¹²⁶⁵ Article 706-63-1, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹²⁶⁶ Article 706-63-1, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹²⁶⁷ J.-L. WARSMANN, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, n° 2378, 15 juin 2005, *JOAN*, doc. Parl, p. 13.

¹²⁶⁸ M.-H. GALMARD, *Etat, Société civile et Loi pénale*, PUAM, 2006, n° 438, p. 331.

2. La prime à la collaboration

429.- Même s'il serait légitime de douter de leur moralité¹²⁶⁹, les avantages concédés à ces collaborateurs résident essentiellement dans la volonté d'encourager la délation. La tendance politique à faire prédominer les nécessités probatoires conduit à faire de la peine (a) et de la rétribution (b) une monnaie d'échange.

a. La mitigation de la peine

430.- Jusqu'à leur reconnaissance législative, la situation des indicateurs se présentait de manière particulière. En échange des renseignements ayant amené directement soit à la découverte de crimes ou de délits, soit à l'identification des auteurs de crimes ou délits, l'indicateur se trouvait sous la protection non pas d'un service mais d'un policier déterminé. Cette protection consistait à fermer « les yeux » sur les activités des indicateurs¹²⁷⁰. C'est dire que ces derniers pouvaient commettre des « petits » délits sans pour autant faire l'objet de poursuites. Lorsqu'au cours d'une enquête, le policier estimait que son indicateur était en danger car susceptible d'être arrêté, le policier n'hésitait pas à l'informer de se déplacer.

La relation entre le policier et son indicateur était extrêmement dangereuse. Sous prétexte d'obtenir des informations précieuses, le fonctionnaire de police, en faisant bénéficier à son indicateur une certaine impunité, méconnaissait la loi. Cette situation paradoxale pouvait conduire à des dérives. On en voudra pour preuve l'affaire des policiers « ripoux » survenue dans les années 1970¹²⁷¹. Deux policiers de la brigade de répression du banditisme qui, pour rémunérer leur indicateur, étaient habitués à participer avec ce dernier à des cambriolages. Un jour, ils décidèrent de travailler pour leur propre compte en faisant des vols à main armée. Lors de leur arrestation, ils expliquèrent qu'ils étaient pris dans un engrenage dont l'origine fut la volonté systématique de ménager leurs indicateurs.

431.- Il pourrait être tentant d'avancer, qu'aujourd'hui, cette situation n'est pas susceptible de se reproduire en raison de la reconnaissance législative de l'existence des indicateurs¹²⁷².

¹²⁶⁹ J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. 2, Plon, 5^{ème} éd., 1886, n° 1090 et 1102.

¹²⁷⁰ Les propos tenus par l'ancien patron de la brigade de répression du banditisme : L.-A. BLANC, in *Le droit d'inventaire*, diffusé sur France 3 le 23 février 2009.

¹²⁷¹ Cité dans *le droit d'inventaire*, diffusé sur France 3 le 23 février 2009. On ne peut occulter

¹²⁷² Pourtant l'affaire concernant le commissaire Neyret semble établir que la situation n'a pas totalement changé. Ancien numéro deux de la police judiciaire lyonnaise, Michel Neyret est soupçonné d'avoir rétribué les informateurs en détournant d'importante quantité de cannabis saisis et d'avoir été en contact avec le grand

Nullement il n'est fait mention de la peine comme une monnaie d'échange car, dans l'esprit du législateur, l'indicateur est, sauf exception¹²⁷³, un simple informateur qui n'a pas commis d'infractions *a priori*. En dehors des hypothèses spécifiques, un aménagement de la peine n'a pas lieu d'être. En pratique, un tel informateur n'intervient que dans le cadre de petits trafics. Lorsqu'il s'agit de démanteler un important réseau criminel, l'indicateur est plus ou moins impliqué dans le réseau car, pour avoir une information sur un tel réseau, il faut être issu de ce milieu. Même si son degré d'implication peut être moindre, l'indicateur joue un rôle dans le milieu criminel. Il risque, comme tous les autres membres du réseau, une condamnation. En ne prévoyant aucune réduction ou exemption de peine pour celui qui est issu d'un réseau criminel et prend le risque d'informer la police judiciaire sur la réalité du réseau, le législateur semble remettre en cause la pratique policière précédemment observée. Désormais, lorsque l'indicateur est un collaborateur « délinquant », il ne peut plus échapper en totalité ou en partie à la peine à laquelle il s'est exposée par ses agissements¹²⁷⁴. Toutefois, certains policiers continuent de vouloir faire échapper leurs indicateurs à la peine¹²⁷⁵. On en voudra pour preuve l'affaire récemment en cours d'instruction¹²⁷⁶. Il nous semble que cette situation particulière doit être prise en compte par les autorités de poursuite. Sans aller jusqu'à le faire bénéficier d'une impunité totale, l'indicateur, à raison de risques qu'il prend pour informer la police judiciaire, devrait bénéficier d'une certaine indulgence. Celle-ci pourrait se traduire par des réductions ou exemptions de peine en fonction de l'impact produit par ses déclarations. Telle est la solution prévue pour le repentir.

432.- A l'inverse de l'indicateur, le statut de repentir confère au bénéficiaire des aménagements de la peine¹²⁷⁷. D'une part, une exemption de peine est possible si ses

banditisme. Le 3 octobre 2011, il a été mis en examen pour corruption, trafic d'influence, association de malfaiteurs, trafic de stupéfiants, détournement de biens et violation du secret professionnel.

¹²⁷³ Le dénonciateur peut se voir accorder une réduction de peine exceptionnelle dont le quantum peut aller jusqu'au tiers de la peine prononcée : article 721-3 du Code de procédure pénale.

¹²⁷⁴ Dans un entretien accordé au *Figaro Magazine* le 1 octobre 2011, Christian Lothion, le directeur central de la police judiciaire affirmait que « exit le flic qui promettait à son tonton de fermer les yeux sur une affaire. Fini le temps où, moyennant quelques doses de cannabis ou de cocaïne, on remerciait le tonton pour son tuyau. Ceux qui le font encore, s'ils existent, prennent de gros risques. Jamais plus ils ne seront couverts ».

¹²⁷⁵ CH. CORNELIEN, *Les indics. Cette France de l'ombre qui informe l'Etat*, Flammarion, 2011, p. 196.

¹²⁷⁶ Un officier de police judiciaire, ayant appris que les forces de l'ordre s'apprêtaient à procéder à l'arrestation des personnes soupçonnées de trafic de stupéfiants, informe téléphoniquement son indicateur en ignorant la mise sur écoute de ce dernier. Il est alors poursuivi pour complicité de trafic de stupéfiants. Cette affaire est symptomatique de la relation ambiguë qu'entretient l'indicateur avec les groupes criminels. Pour recueillir les informations fiables, il doit nécessairement « infiltrer » le réseau. Cette incursion peut le conduire à jouer un rôle dans le milieu criminel : *Le Monde*, 19 septembre 2009.

¹²⁷⁷ A. MIHMAN, « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 « Perben II » », *Dr. pén.* 2004. chron. 1.

renseignements ont « permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les auteurs ou complices »¹²⁷⁸. L'infraction dénoncée ne doit pas avoir été consommée, elle doit rester au stade de la tentative voire des actes préparatoires. Le but est d'inciter, par le moyen de l'exemption de la peine, à ce que le repent, qui a pris connaissance de la préparation de l'infraction, puisse informer rapidement la police judiciaire. L'intérêt est d'éviter que l'infraction produise le dommage en contrepartie d'une impunité. D'autre part, une réduction de peine est possible si l'information fournie aux autorités a « permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices » ; ou encore si elle a permis « soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices »¹²⁷⁹. Lorsque le processus criminel dépasse le simple stade de la tentative et entre au stade de la consommation, il est alors nécessaire de mettre fin à l'infraction. L'intérêt est d'éviter que le dommage déjà produit par l'infraction ait des conséquences considérables. Les conséquences de l'infraction peuvent être réduites s'il est rapidement porté à la connaissance de la police judiciaire la commission de l'infraction. Une telle situation peut se produire, notamment, lorsque parmi les auteurs de l'infraction, certains décident de collaborer avec la police judiciaire. Or, ayant participé à cette entreprise délictuelle, le collaborateur encourt en principe la même peine que ses comparses. Il hésiterait alors à se confier à la police judiciaire. C'est donc pour encourager les auteurs d'infractions à dénoncer leurs complices ou coauteurs que le législateur prévoit cette réduction de peine. Ainsi, la peine apparaît comme une monnaie d'échange. Tel est également le cas de la rétribution.

b. La rétribution

433.- La rétribution de l'indicateur est consacrée depuis longtemps en matière douanière. S'il fournit au service des douanes des renseignements ou avis ayant amené directement la découverte de la fraude, l'indicateur, appelé « aviseur » est rémunéré par un pourcentage susceptible d'atteindre le tiers du produit disponible de l'affaire considérée¹²⁸⁰. Cette disposition est désormais étendue aux fonctionnaires de police et de gendarmerie. Ces derniers « peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a

¹²⁷⁸ Article 132-78 du Code pénal.

¹²⁷⁹ Article 132-78 du Code pénal.

¹²⁸⁰ Article 391 du Code des douanes.

fourni des renseignements ayant amené directement soit à la découverte des crimes ou des délits, soit à l'identification des auteurs de crimes ou de délits »¹²⁸¹. La rétribution est officiellement reconnue comme une « monnaie d'échange ». En contrepartie des informations fournies, l'indicateur reçoit une rémunération. Toutefois, une question reste en suspens : celle du niveau de rémunération. Il convient de considérer que le service de police et l'indicateur se mettent d'accord sur la somme allouée. Cette récompense impose aux forces de police de disposer de crédits pour rétribuer les indicateurs. Un budget doit spécialement être réservé pour financer les renseignements fournis. Quelques 2 millions d'euros sont alloués pour la rétribution des indicateurs¹²⁸².

434.- Le montant de la rétribution susceptible d'être versé à l'indicateur est déterminé par le Directeur Général de la Police ou de la Gendarmerie Nationales, sur proposition du chef de service ou de l'unité de l'officier de police judiciaire chargé de l'enquête. Les policiers qui ont recours à un indicateur doivent conserver, de façon confidentielle et protégée, toute pièce permettant d'établir son identité. La somme allouée à l'indicateur est fixée de façon discrétionnaire et ne peut faire l'objet d'aucun recours. Son versement donne lieu à l'établissement d'un reçu, signé par le bénéficiaire, conservé de façon confidentielle et protégé par les policiers¹²⁸³. Un auteur relève qu'un indicateur est rémunéré 50 euros pour la dénonciation d'une personne en situation de séjour irrégulier, entre 300 et 400 euros pour la dénonciation d'un atelier clandestin et entre 10 000 et 30 000 euros pour la dénonciation d'un important trafic de stupéfiants¹²⁸⁴. Telle est également la situation dans d'autres pays tels que les Etats-Unis où le D.E.A (Drug Enforcement Administration) dispose d'un budget pour rémunérer les informations données sur le trafic international de stupéfiants¹²⁸⁵. En ce qui concerne le repentir, la situation est particulièrement différente.

435.- D'une manière générale, la loi ne fait aucunement mention de la question de la rémunération de repentir. Mais il serait inexact de considérer qu'un repentir ne reçoit aucune récompense financière. En réalité, il est rémunéré de manière indirecte à travers le soutien

¹²⁸¹ Article 15-1, loi n° 95-73, 21 janvier 1995, *JO* 24 janvier, p. 1249, mod. Article 3 loi n° 2004-204, 9 mars 2004.

¹²⁸² *Le Monde*, 5 octobre 2011.

¹²⁸³ H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011, n° 210, p. 204.

¹²⁸⁴ CH. CORNELIEN, *Les indicis : cette France de l'ombre qui informe l'Etat*, Flammarion, 2011, p. 203 et s et p. 245 et s

¹²⁸⁵ J.-F. GAYRAUD, *La dénonciation en matière pénale : Silence, parole : droit, devoir ?*, Thèse, Paris, 1990, p. 392.

financier que peut lui apporter l'Etat. Cela peut s'expliquer par le fait que la collaboration procédurale « comporte la cessation immédiate des aides économiques que les grandes associations criminelles fournissent généralement aux collaborateurs et surtout à leur famille. Par conséquent, il devient inévitable pour l'Etat qui entend tirer avantage de la collaboration d'assurer une certaine subsistance »¹²⁸⁶. Ce soutien financier peut se traduire par la nécessité, par exemple, d'une opération de chirurgie esthétique, de changement de domicile. Toutes ces mesures de protection sont prises en charge financièrement par l'Etat. Le repentir, contraint de vivre dans la clandestinité ne peut subvenir à ses propres besoins et à ceux de sa famille : ne pouvant en principe se déplacer seul, il ne peut travailler. Au demeurant, l'existence d'un statut particulier de repentir a un coût financier beaucoup plus important que celui de l'indicateur. Dès lors qu'il décide de collaborer, le repentir voit toute son existence être prise en charge par l'Etat. Il est alors certain que ce soutien financier participe également de la monnaie d'échange formelle.

¹²⁸⁶ F. PALAZZO, « La législation italienne sur les repentis : discipline, problèmes et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 767.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

436.- Du point vu de la politique pénale, il apparaît que la participation de la société civile à la procédure pénale vient valoriser la recherche probatoire. La police judiciaire bénéficie d'une compétence générale pour constater les infractions. Même dans les domaines où sa compétence est concurrencée par celle des agents des administrations, elle demeure légitime pour mener des investigations. Or, dans ces domaines spécifiques, elle semble, sauf exception, se désintéresser. Elle laisse aux différents agents des administrations, le soin d'effectuer des investigations. Si la police judiciaire n'intervient pas de son propre gré, la loi elle-aussi amoindrie le rôle de la police judiciaire dans certains domaines. C'est ainsi que dans le domaine de déclaration de soupçon, il est laissé aux acteurs privés le soin d'apprécier la réalité de soupçon concernant certaines infractions. Dans ces domaines, les acteurs privés deviennent les vecteurs de déclenchement des investigations. C'est donc la nature particulière des infractions qui semble légitimer l'importance du rôle joué par les acteurs privés. Il est alors permis de préciser que cette participation accrue de la société civile n'aboutit pas à une privatisation globale dans la recherche de la preuve. Car l'intervention des acteurs privés est limitativement déterminée dans des domaines bien spécifiques où la connaissance par la police judiciaire des faits infractionnels réside essentiellement dans la dénonciation par les acteurs privés.

La privatisation serait dès lors partielle, dans l'unique dessein de découvrir les infractions occultes. Cependant, cette privatisation pose la question de la fragilisation de la légalité pénale. Les éléments de preuves issus de pratiques policières et ceux recueillis par les acteurs privés ne bénéficient pas d'un régime unique de preuve. La différence réside dans l'existence de deux systèmes de preuves. Les acteurs privés disposent d'une grande liberté dans l'obtention et la production de la preuve en ce qu'ils peuvent produire en justice une preuve obtenue illicitement voire constitutive d'une infraction pénale, mais à condition d'être débattue contradictoirement. Concernant la police judiciaire, la recherche probatoire est strictement réglementée : la loi précise en effet les conditions dans lesquelles la preuve doit être recherchée. C'est donc dans l'intérêt de la police judiciaire de contourner le principe de la légalité à travers l'incitation à la participation massive des acteurs privés dans la recherche de la preuve. Cette participation, tout en valorisant la recherche de la preuve, bouleverse

néanmoins les règles de preuve. Ce bouleversement est encore plus flagrant en raison de l'admissibilité de la provocation.

CHAPITRE II : L'ADMISSION PARTIELLE DE LA PROVOCATION

437.- La provocation peut être définie comme « l'action intentionnelle par laquelle une personne entend influencer la raison d'autrui en vue d'y établir les conditions les plus favorables à la commission d'un agissement attentatoire à une valeur protégée »¹²⁸⁷. D'une manière générale, le législateur a érigé en infractions tous les agissements de provocation. C'est notamment le cas de la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître¹²⁸⁸, de la provocation au suicide¹²⁸⁹, de la provocation à s'armer illégalement¹²⁹⁰ ainsi que de la provocation comme l'une des formes de la complicité¹²⁹¹.

438.- En matière de preuve, la provocation sous-tend la question de la loyauté dans la collecte de la preuve. Celle-ci interdit, dans la recherche de la preuve, l'usage par la police judiciaire de procédés déloyaux, de stratagèmes ou de ruses et artifices. L'objectif de la police judiciaire est d'assurer la paix publique, elle ne peut en aucune manière inciter une personne à commettre des agissements délictueux pour ensuite procéder à son arrestation. En d'autres termes, la police judiciaire ne peut se « rendre criminelle, comme le pompier qui allume l'incendie pour se donner la gloire de l'éteindre, en causant des infractions qui, sans elle, n'eussent jamais été commises »¹²⁹². La personne doit avoir une intention arrêtée de commettre un délit antérieurement aux manœuvres policières. En l'absence de cette intention, toute intervention policière destinée à inciter une personne à commettre une infraction en vue de rapporter la preuve de ces agissements délictueux doit être réprimée.

Dans cette perspective, face à certaines infractions, la police judiciaire se trouve en grande difficulté. Le caractère clandestin de celles-ci rend le recueil de la preuve sinon impossible, du moins difficile. Il semble que, compte tenu de l'impératif de lutte contre des infractions d'une

¹²⁸⁷ F. DEFFERRARD, « La provocation », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 233. Pour une étude approfondie de la provocation, V. F. BOULAN, *La provocation, in Problèmes actuels de science criminelle*, tome 2, PUAM, 1989, p. 40 et s ; J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, Thèse, Limoges, 1978, p. 35 et s.

¹²⁸⁸ L'article 227-12 du Code pénal énonce que « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

¹²⁸⁹ L'article 223-13 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide ».

¹²⁹⁰ L'article 412-8 du Code pénal incrimine « le fait de provoquer à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population ».

¹²⁹¹ L'article 121-7, alinéa second du Code pénal dispose que « est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des infractions pour la commettre ».

¹²⁹² A. COLOMBINI, note sous Cass. crim., 7 mai 1951, *JCP* 1951, II, 6440.

particulière gravité, la règle devrait être adaptée pour valoriser la recherche probatoire. C'est ainsi qu'une distinction est faite entre provocation à l'infraction et provocation à la preuve. Seule la seconde est admise alors que la première est considérée comme illicite. Mais à l'heure actuelle, il est à remarquer que la frontière de plus en plus floue entre ces deux méthodes aboutit à fragiliser cette distinction (Section I). Par ailleurs, l'admissibilité de la provocation résulte de la recevabilité de l'infiltration (Section II).

SECTION I : LE MAINTIEN FRAGILE DE LA DISTINCTION PROVOCATION A LA PREUVE ET PROVOCATION A L'INFRACTION

439.- Il ne saurait être admis, sous prétexte d'écarter l'individu déviant présentant un danger pour la société, que la police judiciaire soit autorisée à utiliser les mêmes armes que celui-ci. Manifestement, les techniques d'investigation policière ont montré leurs limites. Elles ne peuvent, sans l'aide des acteurs privés, établir la preuve de certaines infractions. Cela étant, la police judiciaire ne peut dépendre totalement de la bonne volonté des citoyens. Elle doit, pour remplir complètement sa mission, pouvoir utiliser des méthodes lui permettant de constater des infractions déjà commises ou en train de l'être. Dès lors, la légitimité de la provocation dépend de la manière dont elle est employée. En tout cas elle doit demeurer une mesure exceptionnelle¹²⁹³. De cette exceptionnalité sont apparues des raisons de la distinction entre provocation à la preuve de l'infraction et provocation à la commission de l'infraction (§1). Toutefois, cette distinction s'effrite en raison de l'évolution de la provocation (§2).

§1. Les raisons de la distinction

440.- *A priori*, les raisons de la distinction semblent claires : la provocation à la preuve a pour seule fonction de permettre la constatation des infractions commises et d'en arrêter la continuation, alors que la provocation à l'infraction abolit le libre arbitre de l'agent en faisant en sorte qu'il ne soit plus l'auteur moral du délit¹²⁹⁴. La distinction tient au fait que la police judiciaire ne peut se livrer à des actes d'incitation à des infractions. Dans le cas contraire, non seulement elle peut se rendre complice¹²⁹⁵ mais aussi la personne provoquée peut être soumise à une contrainte qui annihile sa volonté¹²⁹⁶. La consécration de cette analyse, certes récente, est l'aboutissement de la réaction hostile des juges du fond et des tribunaux correctionnels. C'est à partir des années 1970 que la Chambre criminelle de la Cour de cassation l'intègre. Jusqu'à cette époque, la Haute Cour estimait que la provocation ne supprimait pas la responsabilité du provoqué. Dès lors, elle ne pouvait constituer ni un fait justificatif ni une excuse¹²⁹⁷. Sans doute, la réprobation du procédé par les juridictions inférieures, dans l'octroi

¹²⁹³ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 166 : « en règle générale, la provocation policière doit rester un moyen exceptionnel et ne pas donner lieu à des abus ».

¹²⁹⁴ P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, éd. G, I, 3422.

¹²⁹⁵ Article 121-7 du Code pénal.

¹²⁹⁶ Article 122-2 du Code pénal.

¹²⁹⁷ Cass. crim., 10 déc. 1943, *JCP* 1944, éd. G, IV, p. 14 ; Cass. crim., 3 janv. 1952, *JCP* 1952, II, 6769.

quasi systématique de circonstances atténuantes au bénéfice du provoqué¹²⁹⁸ voire dans le prononcé de la relaxe¹²⁹⁹ contraint la Chambre criminelle de la Cour de cassation sinon à un revirement, du moins à un assouplissement de sa jurisprudence. La doctrine majoritairement approuve cette analyse¹³⁰⁰.

La provocation n'est licite que si elle permet de constater la commission de l'infraction (A). Celle-ci présente certaines caractéristiques (B).

A. Le cadre pré-délictueux d'infractions

441.- Il résulte de l'examen attentif de la jurisprudence et de la doctrine que l'admissibilité de la provocation ne peut entretenir l'idée que la fin justifie les moyens. L'exigence d'une activité délictueuse, antérieurement réalisée, apparaît comme la condition à partir de laquelle il est possible de juger de la régularité du procédé. A vrai dire, l'intervention policière doit être guidée par l'existence d'une activité délictueuse préalable (1) et non pas par la présomption de l'intention délictueuse (2).

1. L'existence d'une activité délictueuse préalable

442.- L'une des explications de l'admissibilité de la provocation tient à l'exigence de la préexistence de l'infraction¹³⁰¹. Depuis de nombreux arrêts, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne cesse de rappeler ce principe, déniait toute contestation à une preuve s'accompagnant de provocation. Il n'y a, selon elle, rien d'illogique à considérer qu'un policier est dans son rôle lorsque, pour constater une infraction, il se présente comme un simple citoyen¹³⁰².

¹²⁹⁸ Trib. corr. Seine, 21 mai 1941, *Gaz. Pal.* 1941.2.68 ; Trib. corr. Toulouse, 13 mars 1942, *JCP* 1942, II, 1835 ; Trib. corr. Bordeaux, 3 mars 1944, *Gaz. Pal.* 1944, 2, 164 ; Douai, 18 avr. 1947, *Rev. sc. crim.* 1947, p. 445 ; Rennes, 10 nov. 1948, *D.* 1949, 76.

¹²⁹⁹ Trib. corr. Grenoble, 28 janv. 1942, *JCP* 1943, II, 2277 ; Amiens, 4 févr. 1942, *JCP* 1942, II, 1887.

¹³⁰⁰ H. DONNEDIEU de VABRES, note sous Toulouse, 23 avr. 1942, *D.* 1943, p. 94 ; P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 166 ; P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, éd. G, I, 3422, n° 19.

¹³⁰¹ P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, éd. G, I, 3422, n° 9.

¹³⁰² Cass. crim., 4 avr. 2007, n° 07-80253. Dans cet arrêt, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le fait pour des gendarmes, en tenue civile, de se présenter au cabinet médical d'un médecin qui était frappé d'une interdiction d'exercer, d'être invités à pénétrer dans les lieux jusqu'au cabinet, et de décliner leur identité au moment où le médecin les prenait pour des nouveaux clients en leur demandant s'ils avaient un dossier médical n'a eu pour objet et pour effet que de constater une violation des obligations du contrôle judiciaire, ne s'est accompagnée d'aucun stratagème et que ces opérations, régulièrement accomplis par les gendarmes en tenue civile, ne sauraient être assimilables à une perquisition.

443.- Dans un arrêt en date du 2 mars 1971¹³⁰³, un fonctionnaire de police était entré en contact avec un membre d'une organisation internationale de trafic de stupéfiants en se faisant passer pour un acheteur éventuel d'opium. Jugeant le procédé utilisé illicite, le mis en cause avait demandé la nullité de la procédure. La cour d'appel saisie avait validé le procédé et déclaré le mis en cause coupable de cette infraction. Le pourvoi se fondait sur l'excuse de provocation policière, considérant que l'officier de police judiciaire était entré en relation avec le mis en cause près d'un an avant l'expédition de la cargaison d'opium vers l'Europe. Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir considéré que l'action du policier n'avait en rien déterminé les agissements délictueux du prévenu, mais avait eu seulement pour effet de permettre la constatation d'infractions déjà commises et d'en arrêter la continuation.

A première vue, il convient de noter que si, *a contrario*, l'intervention policière était destinée à inciter le mis en cause à commettre l'infraction, la responsabilité pénale ne serait pas retenue¹³⁰⁴. Tel n'est pas le cas, en l'occurrence, puisque l'intervention policière n'a pas pesé sur la volonté de la personne. Au-delà du constat que la durée de la commission d'infractions était assez longue, ce qui fait qu'au moment où le policier est entré en contact avec le mis en cause, l'infraction n'était pas encore en voie de réalisation, le critère de distinction entre provocation régulière et provocation illicite tient dans la certitude par la police judiciaire de « l'accoutumance » du mis en cause à l'infraction¹³⁰⁵. Pour décider d'entrer en contact avec un individu, la police judiciaire doit disposer, à travers des filatures et surveillances, d'indices solides de la commission d'infractions. En d'autres termes, la police judiciaire détient les éléments probatoires d'une infraction commise ou projetée, la finalité est d'arrêter sa réitération. Cette dernière pose les bases d'une jurisprudence constante : lorsque l'activité délictueuse est habituelle, la provocation est admise dès lors qu'elle permet d'arrêter la poursuite d'infractions déjà commises¹³⁰⁶.

444.- Conforme à sa jurisprudence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans une affaire concernant le transport d'héroïne vers les Etats-Unis, réitéré son raisonnement¹³⁰⁷. Il

¹³⁰³ Cass. crim., 2 mars 1971, Bull. crim., n° 71 ; *Gaz. Pal.* 1971, 1, 324.

¹³⁰⁴ Cass. crim., 5 mai 1999, *D.* 1999, IR, p. 192.

¹³⁰⁵ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, I, 1419.

¹³⁰⁶ CH. GUERY, note sous Cass. crim., 27 févr. 1996, *D.* 1996, Jur. p. 350.

¹³⁰⁷ Cass. crim., 16 mars 1972, Bull. crim., n° 108 ; V. également Cass. crim., 29 juin 1993, *JCP* 1993, IV, 2465.

résulte de cet arrêt qu'un membre d'une organisation de trafic d'héroïne entre en contact avec une personne se révélant être un indicateur qui accepte de convoier la marchandise vers New-York avec la complicité des services américains. Les membres de cette organisation sont arrêtés et reconnus coupables d'infraction à la législation sur les stupéfiants. La Chambre criminelle de la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir refusé d'accueillir l'exception de provocation.

Avant l'action de l'indicateur, la police judiciaire avait, à sa disposition, des informations fiables de la réalisation habituelle de l'infraction. La participation de l'indicateur au trafic était donc précédée de la certitude par la police judiciaire de l'accoutumance des trafiquants à l'infraction. Il lui incombait d'arrêter sa réitération. Dès lors que les mis en cause avaient l'intention arrêtée de commettre l'infraction, ils ne peuvent, par conséquent, soutenir que l'intervention de l'indicateur ait été déterminante des agissements délictueux, mais a simplement permis de mettre fin à une infraction commise de manière régulière depuis un certain temps. *A priori*, l'intention arrêtée du mis en cause réside dans sa décision de proposer à un acheteur qu'il soit consommateur ou agent de police, la vente de marchandise prohibée. Le rôle de la police judiciaire est de se faire passer pour un acheteur potentiel en vue de constater la préexistence d'une activité délictueuse et d'en arrêter la continuation¹³⁰⁸. Aussi bien, le fait pour les agents de police de se faire passer pour des consommateurs anonymes en vue d'établir l'infraction de proxénétisme dans un « bar américain » constitue une provocation licite, car l'intervention a eu pour effet de permettre la constatation d'une activité délictueuse et d'en arrêter la continuation¹³⁰⁹.

445.- Cette jurisprudence semble parfaitement en conformité avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière, rejoignant l'analyse de la première pour préciser que la police judiciaire doit se limiter à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse¹³¹⁰. Si elle peut se faire passer pour un client potentiel, c'est à la condition de disposer d'indices suffisamment fiables permettant la certitude de

¹³⁰⁸ Cass. crim., 2 oct. 1979, Bull. crim., n° 266.

¹³⁰⁹ Cass. crim., 17 oct. 1991, *Gaz. Pal.*, 1992, chron. J.-P. DOUCET ; *Dr. pén.* 1992, comm. 27, obs. A. MARON.

¹³¹⁰ CEDH, 21 mars 2002, section I, Calabro c/ Italie. Dans cette affaire, la Cour rejette la requête du requérant condamné pour trafic de stupéfiants, considérant que « on ne peut conclure que l'action de l'agent infiltré a provoqué, en exerçant une pression de nature à l'inciter, la commission d'une infraction qui, sans son intervention, n'aurait pas été perpétrée. . . , l'intervention s'étant limitée à celle d'un agent infiltré ne privant pas le requérant d'un procès équitable » ; CEDH, 5 févr. 2008, Ramanauskas c/ Lituanie ; J.-P. MARGUENAUD, « La stigmatisation européenne des provocations policières », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 694.

l'accoutumance du mis en cause à l'infraction¹³¹¹. Ce qui semble prohibé, c'est la présomption de la préexistence de l'activité délictueuse. La police judiciaire ne peut exercer une influence de nature à inciter une personne à commettre l'infraction.

2. Le rejet de la présomption de l'intention délictueuse

446.- Dès l'instant où la police judiciaire provoque la commission d'une infraction, c'est que sa planification ou sa réitération est déjà prévue¹³¹². Le rejet de la présomption de l'intention délictueuse réside dans l'incertitude de la volonté criminelle. Concrètement, à travers l'exigence de la certitude d'une volonté criminelle définitivement arrêtée, il est souhaité l'évitement de l'arrestation d'un simple citoyen. En effet, la création artificielle de « l'apparence trompeuse d'une occasion de délit comporte souvent le risque d'inciter un honnête homme à commettre l'infraction »¹³¹³. La provocation, dans ce cas particulier, use la résistance d'un individu n'ayant jamais songé au délit pour y succomber¹³¹⁴. Admettre un tel subterfuge conduit forcément à des arrestations arbitraires, et fait de toute personne un suspect potentiel. La police judiciaire subirait, dans sa mission, une transformation radicale. Elle ne serait plus chargée de constater l'infraction et de rassembler la preuve, mais de provoquer elle-même ou par un intermédiaire à l'infraction dans le dessein d'interpeller ceux qui ne résistent pas à la tentation. De la sorte, les individus vivraient dans une société où toute personne serait suspecte et dans laquelle ceux qui tomberaient dans le piège seraient des délinquants potentiels. Pour toutes ces raisons, aussi bien la jurisprudence que la doctrine condamnent la présomption de l'intention délictueuse¹³¹⁵.

447.- Lorsqu'il manque l'élément essentiel, à savoir une volonté criminelle certaine se manifestant par des actes libres et réfléchis, la mise en place d'un scénario consistant à prendre une personne en flagrant délit est illicite¹³¹⁶. C'est pourquoi la Chambre criminelle de la Cour de cassation juge qu'il y a provocation à l'infraction « lorsque les fonctionnaires de police ont prêté, de manière active, leur assistance à une provocation organisée par le

¹³¹¹ CEDH, 7 sept. 2004, Eurofinacom c/ France, n° 58753/00.

¹³¹² P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, éd. G, I, 3422, n° 18.

¹³¹³ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 436.

¹³¹⁴ M. BLONDET, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, I, 1419.

¹³¹⁵ E. VERGES, « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ Pén.* 2006, p. 354.

¹³¹⁶ H. DONNEDIEU de VABRES, note sous Toulouse, 23 avril 1942, *DC* 1943, 94.

plaignant, ayant pour objet non pas de constater un délit sur le point de se commettre, mais d'inciter un délinquant « en puissance », inactif depuis deux mois, contre lequel il n'avait pas cru devoir à l'époque porter plainte, à commettre des faits pénalement répréhensibles, et de mettre en place une souricière en vue de son interpellation »¹³¹⁷. De même, « l'interpellation des deux mineurs en flagrant délit provoquée par une mise en scène policière suite à la proposition faite à un mineur de faire stationner, près de l'endroit de réunion des jeunes, un véhicule dans lequel étaient disposés en évidence un téléphone portable et une sacoche d'ordinateur »¹³¹⁸ est constitutive d'une provocation illicite à l'infraction. Ou encore, « l'interpellation d'un prévenu résultant de la demande faite par la police de se connecter sur le réseau Internet à un site de rencontres homosexuelles, en se faisant passer pour un adolescent de 14 ans, et d'entrer en contact avec celui-ci pour qu'il accepte de lui transmettre des images de mineurs à caractère pornographique »¹³¹⁹ caractérise une provocation à l'infraction. Mais aussi la création et l'exploitation d'un site de pornographie infantile par un service de police aux fins d'identifier les pédophiles utilisant Internet constituent une provocation à la commission d'une infraction¹³²⁰.

448.- Il en ressort que le simple soupçon est insuffisant à la régularité de la provocation¹³²¹. Ce n'est pas parce que dans certains lieux, il y a commission d'infractions, que toute personne qui passe par ces lieux est un suspect potentiel. Il incombe à la police judiciaire d'identifier de manière précise les auteurs de ces infractions. Une fois les suspects identifiés, la provocation pourrait être un moyen d'arrêter la continuation de l'infraction. C'est la certitude et non la suspicion qui rend la provocation régulière ou illicite¹³²². Cette distinction exige que la provocation ne puisse pas viser une personne suspectée de commettre une infraction, mais une personne dont la certitude de la volonté criminelle arrêtée est définitivement établie. Cette

¹³¹⁷ Cass. crim., 27 févr. 1996, *D.* 1996, p. 346, note C. GUERY ; *JCP* 1996, II, 22629, note M.-L. RASSAT.

¹³¹⁸ Cass. crim., 9 août 2006, *Procédures* n° 12, déc. 2006, 278, comm. J. BUISSON.

¹³¹⁹ Cass. crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.*, p. 482 ; *AJ Pén.* sept. 2006, p. 354, note E. VERGES ; *Gaz. Pal.* 19 oct. 2006, n° 292, p. 27.

¹³²⁰ Cass. crim., 7 févr. 2007, *Procédures* n° 6, juin 2007, comm. 147 et *Rev. sc. crim.* 2008, p. 663, obs. obs. J. BUISSON ; *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2007, comm. A. LEPAGE ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 331, obs. R. FINIELZ ; *RPDP* 2007, p. 673, obs. E. VERNY ; *D.* 2007, p. 3012, note J.-R. DEMARCHI ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 560, obs. FRANCILLON ; *AJ Pén.* 2007, p. 233, obs. CHARBONNIER.

¹³²¹ R. FINIELZ, « Provocation à la commission de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 847.

¹³²² Cass. crim., 4 juin 2008, n° 08-81045 ; *JCP* 2008, IV, 2287 ; *D.* 2008, p. 1766, *AJ Pén.* 2008, p. 425 et *Dr. pén.* 2008, jur. p. 425, note S. LAVRIC. Dans cet arrêt, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « attendu que porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission ».

position est dans la droite ligne de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle considère que viole l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, une condamnation pour trafic de drogue fondée essentiellement sur les déclarations de deux policiers dont l'intervention avait provoqué l'infraction¹³²³.

S'il est acquis, de manière générale, que la détermination d'un seuil de la provocation admissible ne peut être appréciée qu'au regard de la préexistence d'une activité délictueuse, il convient aussi d'y ajouter la spécificité des infractions recherchées.

B. La spécificité des infractions recherchées

449.- Il est maintenant acquis que, pour que la provocation soit régulière, il faut « l'accoutumance » du mis en cause à l'infraction. Mais à bien y regarder, il est à observer que la régularité de la provocation réside dans la particularité des infractions recherchées. Non seulement elles sont d'une nature extrêmement discrète (1) mais aussi, à raison du caractère continu de l'infraction, l'auteur de ladite infraction acquiert la qualité de professionnel (2).

1. La discrétion naturelle des infractions recherchées

450.- Naturellement, l'emploi de la provocation par la police judiciaire traduit la difficulté dans laquelle elle se trouve dans l'obtention de la preuve. Ces infractions sont, la plupart du temps, commises « entre personnes consentantes »¹³²⁴. Malgré cet assentiment et en l'absence d'une victime déclarée, ces infractions troublent l'ordre public. La légitimité de la provocation semble, dès lors, résulter des circonstances exceptionnelles. La proportionnalité et l'état de nécessité apparaissent comme des critères déterminants de l'admissibilité de la provocation.

451.- Le premier critère, la proportionnalité, fut employé dans la répression de la pratique de prix illicite ; il s'agit d'une pratique occulte dans laquelle deux personnes se mettent d'accord sur le prix. En l'absence d'une dénonciation par l'une des parties, la police judiciaire ne peut établir la preuve de l'infraction. La solution trouvée pour la police judiciaire fut de se présenter comme un acheteur de la marchandise. L'emploi de la ruse apparaît comme le seul

¹³²³ CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 401, obs. R. KOERING-JOULIN ; J.-P. MARGUENAUD, « La stigmatisation européenne des provocations policières », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 694.

¹³²⁴ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 261, p. 310.

moyen de rapporter la preuve. A cet égard, elle pourrait être considérée comme parfaitement admissible. Pourtant, sur le terrain de la « proportionnalité », un tel procédé peut paraître blâmable¹³²⁵. Tel est le cas lorsque la provocation n'a pas pour finalité de démasquer les bandes organisées du marché noir, mais s'adresse à un ouvrier en chômage cherchant à vendre une poule à un prix illicite¹³²⁶. La disproportion des moyens employés au regard de la dangerosité sociale que représentent certaines pratiques conduit à écarter la provocation. Même si elle constitue un moyen de déceler l'infraction en cause, elle ne doit pas être utilisée de façon généralisée, mais seulement lorsque l'intérêt général l'exige.

452.- Le second critère, état de nécessité, apparaît dans la lutte contre le trafic de stupéfiants et le proxénétisme. Comme la pratique de prix illicites, il s'agit d'infractions particulièrement discrètes, se commettant dans les lieux clos. De plus, elles présentent un particularisme d'être extrêmement graves. La nécessité de mettre fin à celles-ci justifie l'emploi de la provocation. En effet, d'une part le trafic de stupéfiants constitue une infraction majeure qui met en péril la santé de tous. L'augmentation croissante de sa consommation conduit à sa banalisation. Face à un tel problème, la société se trouve dans un « état de nécessité »¹³²⁷ de mettre fin le plus vite possible à ce genre de trafic. Pour ce faire, elle doit donner à la police judiciaire les moyens nécessaires pour endiguer le phénomène. Là où existe le trafic de drogue, la provocation est admise dès lors qu'elle ne détermine pas la conduite du mis en cause. En d'autres termes, la provocation est licite, seulement, parce qu'elle révèle une infraction habituelle. Tel est également le cas, d'autre part, du proxénétisme consistant à favoriser ou profiter de la prostitution d'autrui¹³²⁸. La preuve de cette infraction est malaisée car, par principe, la prostituée travaille seule alors que le proxénétisme vise toute personne fréquentant habituellement la prostituée¹³²⁹. Pour collecter la preuve, la police judiciaire peut se présenter comme un client. Cette situation lui permet non seulement de constater l'infraction mais également, plus important encore, d'identifier les proxénètes. La posture de la police judiciaire ne permet que de mettre en lumière une infraction occulte, mettant la société dans un état de nécessité de protéger les personnes vulnérables.

¹³²⁵ Trib. corr. Seine, 21 mai 1941, *Gaz. Pal.* 1941, II, 68, V. C ; Toulouse, 13 mars 1942, II, 1835, note MAGNOL.

¹³²⁶ P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 166.

¹³²⁷ Note sous Cass. crim., 2 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 1, 324.

¹³²⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 563, p. 600.

¹³²⁹ Articles 225-5 et 225-6 du Code pénal.

Aussi, il est à remarquer le caractère dangereux des mis en causes. Au fur et à mesure qu'ils réitèrent l'infraction, ils acquièrent la qualité dite professionnelle. Cette qualité apparaît peu à peu comme un fait justificatif de l'admissibilité de la provocation.

2. La qualité professionnelle de la personne provoquée

453.- Avant de mettre en œuvre la provocation, les services de police doivent disposer d'indices sur la personne provoquée. S'agissant d'infractions habituelles, le provoqué est souvent connu par les policiers comme se livrant habituellement au trafic¹³³⁰. La réitération des actes transforme son statut. Il peut être considéré comme « professionnel ». Ce changement de statut s'accompagne d'une modification dans son mode de vie et dans ses fréquentations. Il devient, dès lors, de plus en plus difficile pour la police judiciaire de l'appréhender. Le caractère extrêmement dangereux du provoqué impose l'admissibilité de la provocation. De la sorte, la police judiciaire ne peut se présenter auprès d'un individu comme client potentiel sans connaître la qualité de l'agent provoqué. Il s'agit d'éviter, sous prétexte de révéler une infraction occulte, de faire un usage excessif de la provocation. Car, face à la proposition de la police judiciaire, un individu peut être tenté de fournir à la police judiciaire la marchandise souhaitée sans pour autant être un trafiquant. Dans ce cas, l'utilisation d'un tel procédé est illicite. L'individu n'a simplement voulu que répondre positivement à l'offre de la police. N'ayant pas pu résister à la part du gain, il se fait prendre alors que sans cette proposition, il n'aurait jamais songé à commettre l'infraction¹³³¹.

454.- Dans le cas où l'individu provoqué est une personne chevronnée, eu égard à la particulière clandestinité des infractions recherchées, l'emploi de la ruse est admise. Cette admission exige en amont que la police judiciaire identifie de manière claire et précise le mis en cause, en premier lieu la qualité professionnelle. Cette condition semble parfaitement remplie lorsqu'à la suite de filatures et surveillances, la police judiciaire décide d'entrer en contact avec les trafiquants pour démanteler le réseau. L'existence d'une organisation criminelle constituée, à cet égard, l'indice suffisant de la qualité professionnelle de l'agent provoqué. Il empêche ainsi d'invoquer une provocation illicite à l'infraction, considérant que

¹³³⁰ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 290, p. 293.

¹³³¹ P. MAISTRE du CHAMBON, « La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, éd. G, I, 3422, n° 16.

l'usage d'un tel subterfuge procède de manœuvres de nature à déterminer les agissements délictueux.

En somme, la provocation admissible ne se cantonne plus aux seules infractions commises dans « l'ordre public matériel »¹³³². Elle connaît une certaine évolution.

§2. L'évolution de la provocation

455.- La criminalité a évolué et est devenue plus organisée, plus structurée. Les malfaiteurs se servent également de nouvelles technologies des plus sophistiquées. Il est donc de plus en plus difficile pour la police judiciaire d'obtenir des preuves. Le progrès technique offre à certaines personnes la possibilité de commettre certaines infractions, et les règles de preuve « classiques » se révèlent inadaptées à la constatation de ces infractions. Soucieux de lutter contre l'apparence d'une impunité, il est apparu nécessaire d'étendre la provocation admissible aussi bien pour l'infraction recherchée (A) que pour l'agent provocateur (B).

A. Quant à l'infraction recherchée

456.- Les possibilités d'anonymat offertes par le moyen de connexions informatiques ont suscité la commission de nombreux délits. Les éventuels auteurs d'infractions sexuelles se sont vus assez libres d'échanger des éléments de pornographie infantile sur des forums de discussions. Aussi, les proxénètes ont trouvé dans ce moyen de communication un élément renforçant la dissimulation de leurs activités. Il est à constater une transposition fidèle de la provocation dans « l'ordre public virtuel »¹³³³. Dans la lutte contre le proxénétisme, il est admis qu'un policier puisse user d'un pseudonyme pour se connecter à un service de messagerie télématique à dessein de constater la commission d'une infraction réalisée grâce à ce moyen de communication¹³³⁴. La dissimulation de sa qualité n'a qu'une finalité : celle de constater et non de provoquer la commission d'une infraction. Il en est de même pour la pédopornographie via Internet. La difficulté réside dans le fait que la simple consultation d'un site pornographique n'est pas réprimée, seules sont incriminées la détention et la diffusion

¹³³² Expressions de J. BUISSON, in commentaire sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *Procédures* juin 2007, comm. 147, n° 6. L'expression l'ordre public matériel désigne le monde réel.

¹³³³ Expressions de J. BUISSON, in commentaire sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *Procédures* juin 2007, comm. 147, n° 6. L'expression l'ordre public virtuel désigne le monde virtuel, en particulier le canal Internet.

¹³³⁴ Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim., n° 317.

d'images de mineurs à caractère pornographique¹³³⁵. Cette distinction fait que, jusqu'à la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, la police judiciaire ne pouvait infiltrer ces réseaux¹³³⁶. Mais elle a trouvé dans la personne des acteurs privés, à savoir les utilisateurs d'Internet, des intermédiaires dans la lutte contre ces infractions. Grâce à eux, de nombreuses infractions commises par l'intermédiaire du réseau Internet ont pu être constatées et leurs auteurs arrêtés¹³³⁷.

457.- Toutefois, ce qui est interdit aux forces de polices, c'est de créer et d'exploiter un site de pornographie infantile aux fins d'identifier les pédophiles utilisant Internet. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 7 février 2007¹³³⁸. En l'espèce, le service des douanes et de l'immigration des Etats-Unis, en vue d'identifier les pédophiles utilisant Internet, crée et exploite un site de pornographie infantile. Un français, qui s'était connecté une fois sur ce site est mis en examen en France à la suite de la dénonciation à la direction centrale de la police judiciaire française par le service de police américain des chefs d'importation et détention d'images pornographiques de mineurs, ainsi que la diffusion de ces images. La Chambre criminelle de la Cour de cassation censure l'arrêt frappé de pourvoi, considérant que « la perquisition au cours de laquelle les images illicites ont été découvertes sur différents supports informatiques appartenant à Cyril C. était consécutive à la provocation à la commission d'une infraction organisée par les autorités américaines et dont les résultats avaient été transmis aux autorités françaises ». Cette solution n'est que la transposition de celle adoptée dans « l'ordre public matériel ». La police judiciaire ne peut provoquer ou créer une infraction pour ensuite punir la personne¹³³⁹. Le site créé et exploité provoque la commission d'infractions. Dès lors, le « policier apparaît lui-même, aux yeux de l'internaute, comme auteur des infractions dont il propose la commission »¹³⁴⁰. En théorie, le policier infiltré devrait faire l'objet de poursuites au même titre que la personne provoquée.

¹³³⁵ L'article 227-24 du Code pénal incrimine le « fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine... ».

¹³³⁶ V. *infra* n° 472 et s.

¹³³⁷ Cass. crim., 30 mai 1980, Bull. crim., n° 165 ; D. 1981, Jur. p. 533, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 8 nov. 1989, Bull. crim., n° 406 ; JCP 1990, II, n° 21580, note J.-H. SYR ; Cass. crim., 1 oct. 2003, D. 2004, Jur. p. 1845, note M. SANCHEZ.

¹³³⁸ Cass. crim., 7 févr. 2007, Bull. crim., n° 37 ; D. 2007, p. 2012, note J.-R. DEMARCHI ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 331, obs. R. FINIELZ ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 560, obs. J. FRANCILLON ; *AJ Pén.* 2007, 233, obs. M.-E. CHARBONNIER ; *Procédures* 2007, comm. 147, note J. BUISSON.

¹³³⁹ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 262, p. 311.

¹³⁴⁰ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *Procédures* 2007, comm. 147.

458.- Il apparaît que la distinction entre provocation à la preuve, admise, et provocation à l'infraction, illicite, sur le réseau Internet, semble reposer sur la distinction entre le racolage actif et le racolage passif. Le premier consiste à inciter une personne à la commission d'une infraction. Tel est le cas lorsque la police judiciaire décide de créer et exploiter un site. Cette machination a pour but d'attirer d'éventuels pédophiles. Même si le suspect bénéficie d'une liberté d'initiative dans la connexion à ce site, la simple offre policière constitue une manœuvre. De nature totalement anonyme, un bon père de famille peut, se considérant à l'abri de poursuites, se connecter sur ce site sans pour autant être un pédophile. Dès lors qu'il ne permet pas de distinguer entre simple curiosité et véritable pédophilie, le racolage actif constitue une provocation à l'infraction.

459.- En revanche, le racolage passif peut s'apparenter à une sorte de provocation licite à la preuve. Il consiste en une passivité, laissant la liberté d'entreprendre à l'internaute. La police judiciaire ou son intermédiaire ne fait que montrer un intérêt aux propositions de celui-ci sur un site non créé par elle. Une fois que la proposition est suffisamment alléchante, et que la police judiciaire a à sa disposition des preuves tangibles, elle peut procéder à la constatation de l'infraction. En tout cas il est important de relever que, concernant les infractions commises via Internet, la police judiciaire ne semble plus être seule à l'initiative de la provocation régulière. Son rôle se résume à la simple réception d'informations, postérieurement à la commission d'infractions.

B. Quant à l'agent provocateur

460.- La provocation se présente, de plus en plus, sous la forme indirecte. Cela est dû à la transformation de l'agent provocateur. La police judiciaire ne se trouve plus en première ligne, le véritable provocateur demeure l'acteur privé. Ce dernier, lorsqu'il estime que le provoqué est fermement décidé à commettre l'infraction, est tenu d'aviser la police judiciaire d'un tel projet. La police judiciaire doit, pour prendre en flagrant délit, accompagner l'acteur privé sur le lieu de la commission de l'infraction. Cette collaboration entre la police judiciaire et l'acteur privé dans la recherche de la preuve constitue une provocation à la preuve régulière. Ainsi, le fait pour des policiers avertis par un maire d'une offre de corruption, de se cacher dans le placard d'un bureau pour y surveiller et retranscrire une conversation entre le

maire et le corrupteur, est caractéristique d'une infraction flagrante¹³⁴¹. La police judiciaire ne fait que constater des agissements qui se commettent devant elle. A aucun moment elle n'a incité à la commission d'une infraction.

461.- L'adoption d'une attitude passive est exigée non seulement pour la police judiciaire, mais aussi pour l'acteur privé provocateur. Ce dernier ne peut prendre l'initiative dans la sollicitation. Son rôle se cantonne à une réaction intéressée aux propositions qui lui sont faites pour gagner la confiance du mis en cause. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé cette exigence dans un arrêt du 1 octobre 2003¹³⁴². En l'espèce, en consultant un forum de discussion sur Internet, un internaute reçoit des photographies de mineurs à caractère pornographique. Il décide alors, pour identifier son auteur, de se faire passer pour un mineur de quatorze ans. Il est contacté par un individu qui lui indique qu'il possède des photographies qu'il ne peut lui transmettre via Internet en raison des risques, mais il lui communique les coordonnées de deux sites par lesquels il reçoit des photographies de mineurs à caractère pornographique. Après une discussion à caractère sexuel, ils se donnent rendez-vous dans un centre commercial. La police judiciaire, préalablement informée, interpelle l'individu, perquisitionne son domicile et retrouve plusieurs supports de stockage. Le pourvoi se fondait sur la provocation illicite à l'infraction. Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que l'ensemble des faits rapportés « ont constitué, au sens de l'article 53 du code de procédure pénale, des indices apparents révélant l'existence d'agissements délictueux déjà commis et en train de se commettre, que celui-ci n'a en rien déterminés mais qu'il a permis de constater... ».

462.- La Chambre criminelle de la Cour de cassation précise, de façon implicite, les conditions de la provocation indirecte admise. Elle semble exiger une collaboration à distance entre la police judiciaire et l'acteur privé. La distribution des rôles est très précise. Ce qui est interdit aussi bien à la police judiciaire qu'à l'acteur privé, c'est l'existence d'une entente préalable. De telle sorte qu'il est fait interdiction à la police judiciaire d'inciter le particulier « à faire ce qu'elle ne peut pas faire, puis accepter le dépôt des preuves ainsi frauduleusement obtenues »¹³⁴³. En d'autres termes, la police judiciaire ne doit pas être à l'origine de l'affaire,

¹³⁴¹ Cass. crim., 22 avr. 1992, Bull. crim., n° 169 ; D. 1995, p. 59, note H. MATSOPOULOU.

¹³⁴² Cass. crim., 1 oct. 2003, D. 2004, Jur. 1845, note M. SANCHEZ ; *AJ Pén.* 2003, p. 107, obs. J.-L. H.

¹³⁴³ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, p. 336.

laquelle n'aurait jamais existé sans son intervention. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a réitéré sa position dans deux arrêts qu'elle a successivement rendus.

Dans le premier arrêt¹³⁴⁴, il s'agissait d'un individu qui, à la demande des policiers, se connecte à un site de rencontre homosexuelle en se faisant passer pour un mineur de quatorze ans. Il entre en contact avec un individu, lequel lui transmet des images de mineurs à caractère pornographique. Ils se donnent rendez-vous et la police procède à l'interpellation du suspect qui reconnaît avoir conservé dans son ordinateur les images qu'il avait transmises. La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « l'audition au cours de laquelle Antoine X a reconnu détenir les images illicites était consécutive à la provocation ayant déterminé l'ensemble des poursuites ». C'est à l'instigation des policiers que l'acteur privé provocateur se fait passer pour un adolescent et incite le mis en cause à la commission de l'infraction. La Chambre criminelle de la Cour de cassation reproche à la police d'avoir mis en scène un véritable scénario pour aboutir au flagrant délit. Or, la flagrance exige, au préalable, l'indice apparent d'un comportement délictueux. La dénonciation de la connaissance des faits délictueux peut suffire à caractériser cet indice¹³⁴⁵. Pourtant, rien dans les faits ne permet d'établir cet indice ni de constater la dénonciation. La police judiciaire a décidé, en l'absence de tous ces éléments, de provoquer à la commission d'infractions.

Dans le second arrêt¹³⁴⁶, sur demande d'un officier de police judiciaire, un mineur fait stationner, près de l'endroit de réunion des jeunes, un véhicule dans lequel étaient disposés en évidence un téléphone portable et une sacoche d'ordinateur. A la suite de cette mise en scène, deux mineurs sont interpellés en flagrant délit. Le pourvoi invoquait la provocation illicite à l'infraction. La Chambre criminelle de la Cour de cassation fait droit à cette argumentation en précisant que « porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus ». L'arrestation de ces deux mineurs est précédée de la mise en scène policière. Cette dernière n'avait pour finalité que de constituer un flagrant délit. La solution de la Chambre criminelle de la Cour de cassation mérite approbation. La flagrance

¹³⁴⁴ Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., p. 482 ; *AJ Pén.* 2006, p. 354, note E. VERGES ; *Gaz. Pal.* 19 oct. 2006, n° 292, p. 27.

¹³⁴⁵ V. *supra* n° 385 et s.

¹³⁴⁶ Cass. crim., 9 août 2006, *Procédures* 2006, comm. 128, note J. BUISSON.

exige un indice apparent d'agissements délictueux. Ce qui explique qu'en matière de lutte contre le pickpocket, la police judiciaire est conduite à mettre en place des mécanismes de surveillances et de filatures. Elle ne peut, d'elle-même ou par son intermédiaire, organiser une mise en scène consistant à mettre en évidence son portefeuille dans l'unique dessein de susciter la tentation aux fins d'interpeller les tentés.

Lorsque l'agent provocateur est un acteur privé, la police judiciaire joue un rôle passif, de simple constatation d'infractions qui se commettent devant elle¹³⁴⁷. Elle retrouve un rôle plus actif lors de déclenchement de l'infiltration, autre forme de provocation à la preuve licite.

¹³⁴⁷ Cass. crim., 16 janv. 2008, Bull. crim., n° 14 ; *Procédures* 2008, 126, note J. BUISSON

SECTION II : L'ESSOR DE L'INFILTRATION

463.- L'infiltration peut être définie comme le fait « pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité, de surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs »¹³⁴⁸. Initialement, cette technique n'était prévue qu'en matière de trafic de stupéfiants¹³⁴⁹. Elle permet à la police judiciaire de commettre dans un cadre pré-délictueux, un certain nombre d'actes. Recevant cette autorisation, la police judiciaire peut fournir les moyens susceptibles de faciliter la commission des infractions. Par cette contribution, la police judiciaire participe à la commission d'infractions. Pour gagner la confiance des individus, elle est autorisée à faire usage d'un nom d'emprunt dont la révélation est sévèrement sanctionnée¹³⁵⁰. L'infiltration constitue un moyen puissant de démantèlement des réseaux criminels. Elle ne pouvait, compte tenu de l'évolution de la criminalité, se cantonner au seul trafic de stupéfiants. Les lois n° 2004-204 du 4 mars 2004, n° 2007-297 du 5 mars 2007, n° 2010-476 du 12 mai 2010 et n° 2011-267 du 14 mars 2011 sont venues étendre l'application de ces dispositions à une grande partie de la criminalité. En l'état actuel du droit, l'infiltration concerne aussi bien la nouvelle criminalité (§1) que les nouvelles technologies (§2).

§1. L'adaptation à la nouvelle criminalité

464.- L'opération d'infiltration est désormais possible dans le cadre de la lutte contre la délinquance et criminalité organisées¹³⁵¹. Elle apparaît comme la conséquence de l'adaptation

¹³⁴⁸ Article 706-81 du Code de procédure pénale.

¹³⁴⁹ J. PRADEL, « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi (commentaire de la loi n°91-1264 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants) », *D.* 1992, Chron. XLVI, n° 6, p. 231.

¹³⁵⁰ S. DETRAZ, « Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 49.

¹³⁵¹ A ce jour, seule une affaire a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : Cass. crim., 30 oct. 2006, n° 06-86175. Une information judiciaire du chef de trafic de stupéfiants est ouverte. Le juge d'instruction, après avoir ordonné la mise en place des écoutes confirmant l'existence du trafic, autorise une opération d'infiltration à l'issue de laquelle vingt kilogrammes de résine de cannabis ont été remis par le mis en cause à l'un des agents infiltrés. Le mis en cause demande la nullité de la procédure au motif que l'opération d'infiltration avait constitué une incitation à commettre l'infraction dans la mesure où ce sont les agents infiltrés qui sont venus dans le restaurant où travaillait le mis en cause, ont engagé la conversation et ont souhaité acquérir des stupéfiants. La chambre de l'instruction refuse de faire droit à cette demande au motif que le trafic de stupéfiants avait été révélé par les écoutes téléphoniques et préexistait à la mise en place de la procédure d'infiltration qui n'a eu pour effet que d'en révéler l'existence et d'en arrêter la continuation. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi, considérant que la chambre de l'instruction a justifié sa décision.

des dispositions législatives à la structure de plus en plus organisée des réseaux criminels. Il est apparu que, pour trouver des solutions, il était nécessaire d'inventer des nouvelles méthodes. Emerge ainsi l'idée selon laquelle il faut désormais recourir à des procédés permettant de pénétrer les réseaux, de remonter les filières et de suivre leurs activités¹³⁵². L'infiltration est une technique consistant, pour la police judiciaire, à entrer en contact avec des personnes en dissimulant son identité pour établir une relation de confiance. Cette technique n'est pas sans risque. Non seulement la découverte de la véritable identité s'avère lourde de conséquences pour l'infiltré qui risque de faire l'objet de menaces, des représailles, mais également le recours à un tel procédé est susceptible de méconnaître le principe de loyauté. C'est pourquoi cette pratique est strictement encadrée.

465.- En premier lieu, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction visant les infractions limitativement énumérées le justifient¹³⁵³, l'infiltration ne peut être déclenchée que sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction. Cette exigence oblige la police judiciaire à utiliser d'autres techniques d'investigation. La surveillance des réseaux doit être privilégiée. Ce n'est que lorsque cette dernière ne permet pas d'identifier totalement les membres de l'organisation criminelle que la police judiciaire peut faire la demande de l'infiltration. La police judiciaire ne peut prendre l'initiative d'une telle technique. L'autorisation constitue une condition indispensable à la validité de la mesure¹³⁵⁴. Cette exigence vient mettre fin à certaines jurisprudences et doctrine qui, en matière de trafic de stupéfiants, avaient considéré que l'absence d'autorisation n'avait pas d'incidence sur la validité de la procédure mais uniquement sur la responsabilité des fonctionnaires de police¹³⁵⁵. Elle doit établir que l'infiltration est l'unique moyen d'obtenir la preuve susceptible de démanteler les organisations criminelles. En tout cas, à peine de nullité, l'autorisation délivrée doit être écrite et spécialement motivée. Cette autorisation doit viser les infractions justifiant le recours à l'infiltration et l'identité de l'officier de police judiciaire responsable de l'opération¹³⁵⁶. Elle doit, en outre, fixer la durée de l'opération, qui ne peut excéder quatre mois. Un renouvellement est possible pour la même durée et aux mêmes conditions¹³⁵⁷. En

¹³⁵² D. CACHEUX, *JO CR* 20 nov. 1991, p. 6304.

¹³⁵³ Les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

¹³⁵⁴ Article 706-83 du Code de procédure pénale.

¹³⁵⁵ V. *supra* n° 207.

¹³⁵⁶ Article 706-83, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

¹³⁵⁷ Sur la durée, le législateur semble s'être inspiré des dispositions en matière d'écoutes téléphoniques, on constate une similarité de dispositif : H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 434.

réalité, le contrôle exercé par le magistrat compétent paraît superficiel. Un grand pouvoir d'initiative est accordé à la police judiciaire. C'est elle qui décide de la mise en œuvre de l'infiltration et il revient simplement au magistrat compétent de donner son autorisation pour valider le procédé.

466.- En second lieu, l'autorisation d'infiltrer les réseaux n'a pour seule finalité que la constatation de la commission de l'infraction. Pour ce faire, les fonctionnaires habilités peuvent : acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions, utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement et de conservation¹³⁵⁸.

467.- Il est précisé que ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions¹³⁵⁹. Cette disposition reprend la distinction entre provocation licite à la preuve et provocation irrégulière à l'infraction. A première vue, seule la provocation à la preuve semble être autorisée. Mais en pratique, la limite est quelque peu délicate à déterminer. L'intervention du policier infiltré dans le réseau peut permettre de franchir la frontière entre la provocation licite et la provocation illicite. La facilitation de la commission des infractions par la fourniture de moyens utiles attribue au policier un rôle important dans la concrétisation de desseins criminels. Dès lors qu'il ne peut être établi que sans l'aide policière les mis en cause auraient, de toute façon, mener à bien leur projet, l'infiltration constitue tout simplement une provocation admissible.

468.- Le policier infiltré peut, durant l'infiltration, faire usage d'une identité d'emprunt¹³⁶⁰. L'usage d'une identité d'emprunt protège non seulement l'agent infiltré mais aussi sa famille. C'est pourquoi la révélation de l'identité réelle du policier infiltré est sévèrement réprimée¹³⁶¹. Pour éviter tout risque de représailles, cette infraction est caractérisée lorsque la révélation intervient aussi bien pendant l'opération que postérieurement à celle-ci.

¹³⁵⁸ Article 706-82 du Code de procédure pénale.

¹³⁵⁹ Article 706-81, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹³⁶⁰ Article 706-84 du Code de procédure pénale.

¹³⁶¹ Article 706-84, alinéa 2 et suivants du Code de procédure pénale.

469.- Seuls peuvent participer aux opérations d'infiltration les officiers ou agents de police judiciaires spécialement habilités dans des conditions fixées par décret¹³⁶². Ces fonctionnaires doivent appartenir au service interministériel d'assistance technique. Ce service est chargé de la formation des agents infiltrés, de l'assistance technique et de la centralisation des informations des opérations menées¹³⁶³. L'habilitation est délivrée par le procureur général près la cour d'appel de Paris après agrément accordé, selon le cas, par le directeur général de la police nationale, le directeur général de la gendarmerie nationale ou le directeur général des douanes. Cet agrément ne peut être accordé que sur proposition du directeur central de la police judiciaire aux personnes jugées aptes à remplir les missions d'agents infiltrés à l'issue d'un stage de formation organisé par le service interministériel d'assistance technique de la direction centrale de la police judiciaire. Cette habilitation et l'agrément peuvent être retirés à tout moment par les autorités les ayant délivrés ou accordés. Le retrait de l'agrément rend caduque l'habilitation¹³⁶⁴. Le fonctionnaire n'acquiert le statut d'agent infiltré que sur habilitation spéciale au sein de services spécifiques. Ainsi, peu de fonctionnaires peuvent prétendre au statut d'agent infiltré. Leur nombre est estimé à 40¹³⁶⁵.

470.- Mais encore, le policier infiltré est exempté de toute responsabilité pénale, ainsi que les personnes requises par la police judiciaire. En particulier, tous les actes accomplis dans l'exercice de sa mission ne pourraient donner lieu à des poursuites judiciaires¹³⁶⁶. Pour le compte du réseau, le policier infiltré doit se montrer parfaitement loyal, prêt à tout pour faire vivre celui-ci. Le fait d'incriminer ses agissements l'auraient poussé à refuser la commission de certains actes, pouvant conduire à l'apparition de soupçons quant à sa véritable identité. Le soupçon, dans un réseau criminel, est synonyme de danger pour la personne concernée. Il est alors compréhensible que lui soit accordé un fait justificatif de ses agissements. En contrepartie de cette procédure, les mis en cause voient garantir leurs droits de la défense.

471.- Si, en principe, seul l'officier de police judiciaire, responsable de l'opération d'infiltration, peut être entendu en qualité de témoin, le mis en cause peut exiger sa

¹³⁶² Les articles D. 15-1-1 à D. 15-1-5 du Code de procédure pénale issus du décret n° 2004-1026 du 29 sept. 2004

¹³⁶³ Article D. 15-1-1 du Code de procédure pénale.

¹³⁶⁴ Article D. 15-1-3 du Code de procédure pénale.

¹³⁶⁵ *L'express*, le 29 novembre 2006.

¹³⁶⁶ Article 706-82 du Code de procédure pénale.

confrontation avec l'agent infiltré¹³⁶⁷. Dans le souci de concilier l'anonymat du témoignage avec le principe du contradictoire, un dispositif technique peut être mis en œuvre. En outre, les déclarations de l'agent infiltré ne peuvent servir de fondement à une condamnation¹³⁶⁸. C'est un régime similaire à ceux de témoins anonyme et repentis. L'agent infiltré est le seul à savoir la provenance de ses informations et surtout la crédibilité de celles-ci. En considérant que ses déclarations ne constituent qu'un élément de preuve parmi d'autres qui, pour entrer en condamnation, doivent être complétées par d'autres indices, cette disposition ne fait que se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a précisé qu'aucune condamnation ne peut être prononcée si elle est fondée de manière déterminante sur les déclarations de policiers ayant conservé l'anonymat¹³⁶⁹. L'ensemble de ces précisions semble également s'appliquer en cas d'infiltration des sites pédopornographiques.

§2. L'adaptation aux nouvelles technologies

472.- L'extension de la technique de l'infiltration est consacrée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Avant l'adoption de celle-ci, la police judiciaire ne pouvait, d'une manière générale, infiltrer les réseaux de télécommunication à raison de l'absence de dispositions spécifiques. Pourtant, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité avait considérablement renforcé les moyens d'investigation en matière de lutte contre la cybercriminalité « organisée »¹³⁷⁰. Mais cet apport se limite aux moyens ; il ne vise aucunement, en cas de constatation d'infractions commises au moyen de nouvelles technologies, la possibilité d'infiltrer ces réseaux. Ces derniers, par l'anonymat qu'ils offrent, suscitent de nombreux délits. Il est apparu que la consultation de forums de discussion constitue pour les pédophiles un champ libre leur permettant de diffuser et de télécharger les images de mineurs à caractère pornographique. La croyance d'une forme d'impunité liée à l'inexistence d'une législation

¹³⁶⁷ Article 706-86 du Code de procédure pénale.

¹³⁶⁸ Article 706-87 du Code de procédure pénale.

¹³⁶⁹ CEDH, 23 avr. 1997, Van Mechelen, *D.* 1997, somm. 359, obs. J.-F. RENUCCI ; *D.* 1998, somm. 174, obs. J. PRADEL ; *RTDH* 1998, p. 145, obs. J. de CODT ; CEDH, 26 mars 1996, Doorson c/ Pays-Bas, *D.* 1997, somm. p. 207, obs. J.-F. RENUCCI ; *Rev. sc. crim.* 1997, p. 484, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 15 juin 1992, Ludi c/ Suisse, série A, n° 238 ; *RTDH* 1993, p. 313, obs. C. DE VALKENEER ; *RUDH* 1993, p. 167, obs. F. SUDRE.

¹³⁷⁰ S. BARRACHE et A. OLIVIER, « L'administration de la preuve pénale et les nouvelles technologies de l'information et de la communication », in *La preuve pénale, internationalisation et nouvelle technologie*, O. DE FROUVILLE (dir.), La Doc. Fra., 2007, p. 129.

claire accroît la commission des agissements par le truchement des réseaux de télécommunications¹³⁷¹.

473.- La question s'est posée de savoir si la police judiciaire pouvait infiltrer un site alors même que la simple consultation d'un site pornographique n'est pas réprimée, seules sont incriminées la détention et la diffusion d'images de mineurs à caractère pornographique¹³⁷². En l'absence d'une réponse législative, la jurisprudence va, jusqu'à la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, répondre par la négative. Elle considère, de façon systématique, un tel procédé comme une provocation illicite à l'infraction¹³⁷³. Cette position a eu pour conséquence que l'obtention de la preuve des infractions, commises au moyen de nouvelles technologies de l'information et de la communication, va totalement dépendre de la bonne volonté des acteurs privés. Cette volonté fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel strict ; rappelons que la police judiciaire ne peut mettre en scène un scénario consistant à utiliser un acteur privé comme un appât aux fins d'arrêter d'éventuels suspects. Seul l'acteur privé ayant constaté ladite infraction via le réseau peut la dénoncer auprès des services de police¹³⁷⁴. Grâce à ces indices apparents révélant l'existence d'agissements délictueux déjà commis et en train de se commettre, ces derniers vont pouvoir mettre en place le dispositif de surveillance pour procéder à l'interpellation du mis en cause.

474.- Une trop grande dépendance de la police judiciaire au bon vouloir des acteurs privés dans la recherche de la preuve via les nouvelles technologies participe au renforcement du sentiment d'impunité. C'est la raison pour laquelle il est à déplorer une multiplication d'infractions par le truchement de ces réseaux sans que leurs auteurs soient arrêtés. Nul doute, la création d'un cas de permission légale d'infiltration de forum de discussion se révèle indispensable dans la lutte contre la transmission et la détention d'images de mineurs à caractère pornographique.

475.- Dans un souci de valoriser la procédure de recherche de la preuve en ce domaine particulier, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance rend

¹³⁷¹ J.-F. CHASSAING, « L'internet et le droit pénal », *D.* 1996, chron. p. 332.

¹³⁷² Article 227-24 du Code de procédure pénale.

¹³⁷³ V. *supra* n° 456.

¹³⁷⁴ V. *supra* n° 461 et s.

désormais possible l'infiltration en matière de cybercriminalité¹³⁷⁵. Aux termes de l'article 706-47-3 du Code de procédure pénale, la police judiciaire peut « participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques » ; « être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions » ; « extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites ».

La police judiciaire se voit accorder la possibilité de discuter sur de forums avec les autres internautes. Toute personne qui converse sur ce genre de forum constitue alors un suspect potentiel. D'autant plus que, même si la loi reste silencieuse, le policier infiltré n'agit pas à visage découvert ; il se fait passer pour un mineur de moins de quinze ans ou un pédophile¹³⁷⁶. La police judiciaire ne fait que reprendre les techniques utilisées par des pédophiles. Il s'agit de faciliter la prise de contact avec un mineur ou un pédophile. La personne qui déciderait d'entrer en contact avec lui croit donc converser avec un mineur ou un pédophile. A aucun moment elle ne se doute de la véritable identité de l'infiltré. Cette situation a toujours été qualifiée par la jurisprudence de provocation illicite à l'infraction.

La police judiciaire entre en contact sur simple sollicitation avec un individu sans avoir à sa disposition aucun indice d'agissements délictueux déjà commis ou en train de se commettre. Même s'il est précisé qu'« à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions », il semble que la frontière entre provocation licite à la preuve et provocation irrégulière tend peu à peu à disparaître au profit de la provocation générale admissible¹³⁷⁷. Certes le législateur exige, pour admettre une telle provocation, un comportement totalement passif du policier infiltré. Ce dernier ne saurait « racoler » activement sur un forum de discussion un individu pour qu'ils entrent en contact. Il devrait seulement se présenter comme un mineur¹³⁷⁸ ou un pédophile¹³⁷⁹, cherchant à converser avec d'autres mineurs ou pédophiles. Ce comportement réactif qu'il adopte l'autorise, en réponse à une demande expresse, à extraire, transmettre, acquérir ou conserver des contenus illicites. Pour démasquer les auteurs par le truchement d'un moyen de communication, la police

¹³⁷⁵ A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *Comm. com. électr.* 2007, étude 13.

¹³⁷⁶ En utilisant notamment un pseudonyme.

¹³⁷⁷ A. LEPAGE, note sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *Comm. com. électr.* 2007, étude 113.

¹³⁷⁸ La brigade des mineurs de Paris utilise cette pratique pour entrer en relation sur un forum de discussion avec des pédophiles.

¹³⁷⁹ Cette technique est employée par l'Office central pour la répression des violences aux personnes pour entrer en relation avec des pédophiles et révéler ainsi des comportements illicites.

judiciaire bénéficie d'un fait justificatif lui assurant l'impunité en cas de commission des actes illicites¹³⁸⁰.

476.- Comme pour les agents infiltrés agissant dans le cadre de la criminalité organisée, seuls peuvent participer aux opérations « d'infiltration numérique »¹³⁸¹, les officiers et agents de police judiciaire affectés dans un service spécialisé et spécialement habilité à cette fin, dans des conditions précisées par arrêté¹³⁸². Seuls les services désignés peuvent procéder à la cyberinfiltration¹³⁸³. Les conditions d'octroi et de retrait de l'habilitation sont identiques à celles prévues pour l'infiltration en matière de criminalité organisée¹³⁸⁴. Seule diffère, l'autorité chargée de former les agents infiltrés. Dans le cadre de l'infiltration numérique, la formation est délivrée par l'Office central pour la répression des violences aux personnes. Le but de la formation est d'aider l'agent infiltré à adopter un comportement de nature à crédibiliser son identité d'emprunt. Ainsi, sont mis à disposition des agents infiltrés un accès à une base de données des contenus illicites, issues des saisies de disques durs des pédophiles, fournis par le Centre national d'analyse des images de pédopornographie. Ces contenus peuvent être transmis, en réponse à une demande expresse, à un autre internaute, sans permettre l'identification de personnes physiques, à savoir les mineurs victimes¹³⁸⁵.

477.- En définitive, en raison de l'absence de la preuve de la préexistence de l'activité délictueuse de la personne mise en cause, l'infiltration via les réseaux de télécommunication franchit, à notre sens, la limite entre la provocation admise et la provocation illicite. Le mécanisme d'infiltration est un mélange à la fois de la provocation à la preuve et la provocation à l'infraction. La légitimation de la commission de certains actes illicites concourt, de manière symptomatique, à une tromperie afin de révéler un comportement illicite. Il devrait être considéré que le critère de distinction tient au comportement de l'agent

¹³⁸⁰ M. QUEMENER, « Lutte contre la cybercriminalité : l'infiltration gagne du terrain », *Comm. com. élect.* sept. 2010, n° 9, alerte 82.

¹³⁸¹ Terme employé par A. LEPAGE, in « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », *Dr. pén.* déc. 2007, chron. n° 6.

¹³⁸² Article 706-35-1 du Code de procédure pénale.

¹³⁸³ Arrêté du 30 mars 2009 relatif à la répression de certaines formes de criminalité informatique et à la lutte contre la pédopornographie, *JO*, 2 avr. n° 0078. L'article 1^{er} énumère les différents services autorisés à procéder à la cyberinfiltration : les offices centraux de police judiciaire, le service technique de recherches judiciaires et de documentation de la gendarmerie nationale, les directions régionales et interrégionales de la police judiciaire et les sections de recherches de la gendarmerie nationale.

¹³⁸⁴ Article 2 de l'arrêté du 30 mars 2009 relatif à la répression de certaines formes de criminalité informatique et à la lutte contre la pédopornographie, *JO*, 2 avr. n° 0078.

¹³⁸⁵ Articles D. 47-8 et D. 47-9 du Code de procédure pénale.

infiltré. La preuve de l'activité délictueuse réside dans le comportement insistant du mis en cause, et ce en dépit du désintérêt de l'infiltré. Malgré le refus de ce dernier de converser avec lui, le mis en cause va essayer, par tout moyen, d'entrer en contact avec le policier infiltré. Dans le cas où celui-ci accepterait d'entrer en contact sur simple demande d'un individu, ce comportement faciliterait la commission des actes illicites. Dans ce cas, la question de la provocation illicite pourrait dès lors se poser.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

478.- L'évolution de la criminalité tend à rendre la frontière entre provocation valable à la preuve et provocation illicite à l'infraction de plus en plus invisible. Or, à l'origine, cette distinction semblait parfaitement claire. La preuve de l'absence de provocation irrégulière est facilitée par la préexistence de l'activité délictueuse de la personne mise en cause. Dans le cadre de l'infraction d'habitude, la police judiciaire reçoit l'autorisation de dissimuler son identité à raison de l'existence d'indices de la commission de celle-ci. Lorsqu'elle décide de planifier un scénario consistant à inciter la commission d'infractions, la police judiciaire voit les actes annulés pour cause de provocation illicite à l'infraction. Cette distinction imposée par la jurisprudence a reçu une consécration législative. Cette dernière a, pendant longtemps, été limitée à une catégorie particulière d'infractions : celle des infractions occultes, puis étendue à l'ensemble de la délinquance et criminalité organisées. Mais la question de l'infiltration est venue remettre en cause cette distinction. Si à première vue celle-ci demeure, en pratique, l'infiltration englobe à la fois la provocation à la preuve et la provocation à l'infraction. Se pose alors la question d'un rappel législatif systématique de prohibition à l'incitation à l'infraction. La police judiciaire a reçu l'autorisation de commettre des actes illicites pour faire apparaître d'autres actes illicites. En raison de la valorisation de la procédure de recherche de la preuve, des pratiques policières, autrefois qualifiés de déloyales par la jurisprudence sont qualifiées de loyales par le législateur. Celui-ci les accompagne d'une réglementation stricte afin de garantir un respect *a minima* du principe de loyauté. Cette adaptation cruciale conduit à bouleverser les règles de preuve.

CONCLUSION DU TITRE II

479.- Le principe de la légalité des preuves applicable à la police judiciaire connaît une nette évolution. Son adaptation à une criminalité nouvelle donne aux acteurs privés un rôle considérable dans la recherche de la preuve. Pour certaines infractions, la collaboration des acteurs privés demeure indispensable. En effet, la preuve de l'infraction dépend en totalité ou en partie de l'implication des membres de la société civile. Toutefois, cette implication fait souvent l'objet de critiques parfois sévères, conduisant à la remise en cause de la procédure de la collecte de la preuve. Si la nécessité de lutter contre toute forme de délinquance impose une mobilisation de l'ensemble des acteurs, pour éviter toute contestation, cette participation devrait être le dernier recours. Au demeurant, la police judiciaire devrait disposer de moyens considérables pour lutter à armes égales avec les personnes impliqués dans la commission de certaines infractions. Ce constat aboutit à la mise en place du dispositif d'infiltration. Pour autant, celui-ci ne peut être déclenché que pour les infractions considérées comme graves.

480.- En somme, l'introduction des dispositifs spécifiques à certaines infractions aux fins de faciliter l'obtention de la preuve, tout en diminuant la protection des libertés individuelles, conduit à repenser le principe de la légalité. Le bouleversement en profondeur de la procédure de la collecte de la preuve oblige à rechercher un principe complémentaire ou substitué au principe actuel de la légalité de la preuve. Mais en contrepartie, le pouvoir de l'autorité judiciaire doit être accru. Cela peut s'expliquer par le fait que ces procédures portent atteinte à certains droits fondamentaux. Etant gardienne de libertés individuelles, l'autorité judiciaire devrait non seulement autoriser la nécessité d'une telle procédure, mais également contrôler son bon déroulement. A cet égard, le principe de proportionnalité apparaît comme le seul capable de répondre à toutes ces exigences.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

481.- Depuis que la « sécurité » est devenue la première des libertés, la légalité s'apparente de plus en plus à un un moyen de gonflement des procédures spéciales, renforçant ainsi les moyens d'investigation policiers. Initialement, seules quelques infractions bénéficiaient d'une procédure dérogatoire au droit commun. Il est à observer, à l'heure actuelle, une multiplication des règles spéciales incluant de nombreuses infractions. Cela est d'autant plus vrai que la conciliation initialement recherchée entre les nécessités probatoires et le respect des libertés individuelles devient difficilement réalisable.

482.- La transformation de la procédure pénale a une influence déterminante sur les modes de preuve. Elle conduit à faire émerger, dans la collecte de la preuve, le seul principe d'adaptabilité. Si l'obtention de la preuve par la police judiciaire reste strictement encadrée, l'introduction des techniques portant une atteinte beaucoup plus importante aux libertés individuelles pose la question de l'utilité de la procédure commune. Cette dernière tend, en raison de l'extension et de la généralisation des procédures dérogatoires, peu à peu à devenir l'exception. La raison en est que le double verrou de la garantie de la légalité se trouve fragilisé par l'admissibilité de la provocation.

L'infiltration permet à la police judiciaire d'échapper à la soumission au principe de la loyauté. Alors même que la frontière invisible entre la licéité et l'irrégularité s'efface, le maintien par le législateur de la prohibition à l'incitation à l'infraction n'a plus lieu d'être. En effet, si la loyauté constitue le principe, l'infiltration apparaît comme une dérogation à la loyauté ; une dérogation qui prend de plus en plus de place depuis l'émergence des nouvelles technologies.

Par ailleurs, l'affaiblissement de la légalité résulte de la privatisation rampante dans la recherche de la preuve. L'importance du rôle des acteurs privés dans la collecte de la preuve est de plus en plus reconnue. Il existe, désormais, une véritable coopération entre la police judiciaire et les acteurs privés. Ces derniers peuvent, dans certains cas, constater des infractions et la police judiciaire se charge de rassembler les éléments de preuve. La police judiciaire n'est donc plus l'actrice principale dans la constatation et l'obtention de la preuve. Elle s'est résolue à partager sa mission, à son profit, avec la société civile. Ce partage conduit à un certain contournement des garanties de la légalité. Dès lors que le régime de preuve diffère

selon qu'il s'agit de la police judiciaire ou des acteurs privés, le « droit de regard » de l'autorité judiciaire sur les règles de preuve n'a pas la même importance. Ce qui tend à légitimer la place primordiale qu'occupe l'autorité judiciaire dans le déclenchement des procédures attentatoires aux libertés individuelles. Son intervention innerve toute la procédure de recherche de la preuve : de l'autorisation au contrôle de la procédure. Elle apparaît, tout au long de la procédure, comme une épée de Damoclès sur l'enquête policière.

**SECONDE PARTIE LE DEVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE
PROPORTIONNALITE DANS L'OBTENTION DE LA
PREUVE PAR LA POLICE JUDICIAIRE**

483.- La tendance que l'on peut constater quant au bouleversement des règles de preuve résulte de la transformation des modes d'administration de la preuve¹³⁸⁶. Depuis quelques années, le principe de la légalité des preuves applicable à la police judiciaire connaît une nette évolution. Celle-ci se caractérise par l'élargissement du champ d'intervention de la police judiciaire, forgé par l'augmentation croissante des prérogatives. L'attribution de nouvelles compétences pose la question de la refondation de la procédure de la collecte de la preuve. Jusqu'alors, la procédure pénale s'efforçait de concilier l'intérêt de l'enquête et les libertés individuelles. La preuve n'est licite que si l'opération de sa recherche est faite dans des conditions légalement définies. Peu à peu, l'influence déterminante de l'intérêt de l'investigation sur les modes de preuves aboutit à une remise en cause de cette conciliation ou du moins à fragiliser la légalité. Le régime de l'obtention de la preuve par la police judiciaire doit s'accompagner d'un principe complémentaire ou substitué au principe actuel de la légalité. Quel est donc ce principe ?

484.- Le droit pénal connaît le principe de proportionnalité entre l'incrimination et la peine¹³⁸⁷. Ce principe est relativement ancien : il fut consacré par BECCARIA dans son traité des délits et des peines. Celui-ci notait que « si un châtement égal frappe deux délits qui portent à la société un préjudice inégal, rien n'empêchera les hommes de commettre le délit le plus grave des deux s'il s'accompagne pour eux du plus grand avantage »¹³⁸⁸. Ainsi, les crimes graves doivent être punis plus sévèrement que les crimes les moins graves. La proportion de la réaction sociale en fonction de la gravité du trouble à l'ordre social explique la mise en place d'une répartition tripartite des infractions¹³⁸⁹. Celle-ci accorde une importance capitale à l'acte infractionnel¹³⁹⁰. Malgré tout, la question légitime se pose de savoir si le terme de gravité, introduisant la proportionnalité, est juste. Cela exige l'identification de façon claire des infractions qualifiées de « graves », c'est-à-dire que certains critères doivent être exigés pour qu'un agissement illicite puisse recevoir une telle qualification. Or, il convient de noter que le principe de proportionnalité paraît arbitraire. La

¹³⁸⁶ G. GUIDICELLI, H. MATSOPOULOU (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve, perspectives comparées*, Société de législation comparée, 2006.

¹³⁸⁷ D. ALLIX, « De la proportionnalité des peines », in *Mélanges SOYER. L'Honnête homme et le droit*, L.G.D.J., 2000, p. 1 et s ; M. BEHARD-TOUCHAIS (dir.), « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », n° spéc. *LPA* 30 sept. 1998.

¹³⁸⁸ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, 1991, p. 75 ; V. également N. CATELAN, *L'influence de BECCARIA sur la matière pénale*, PUAM, 2004, n° 57, p.77.

¹³⁸⁹ Article 111-1 du Code pénal.

¹³⁹⁰ N. TABERT, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007, n° 127, p. 81.

qualification grave d'une infraction relève du pouvoir discrétionnaire du législateur. Mais encore, la détermination des critères nécessaires à la transformation d'un comportement déviant en fait infractionnel grave est une prérogative du législateur. Lorsqu'il estime nécessaire, le législateur peut alors procéder à des opérations de qualification des infractions. Souvent, la raison invoquée est la protection de la société. Cette justification ne semble pas satisfaisante en ce qu'elle laisse une grande liberté au législateur quant à la détermination de l'infraction grave car, dans un sens, toute infraction porte nécessairement atteinte aux intérêts de la société.

485.- La qualification d'un fait infractionnel de « grave » permettant l'apparition du principe de proportionnalité exige des critères clairs et précis. La méthode consistant à établir une liste exhaustive des agissements considérés comme « graves » est insuffisante à satisfaire l'exigence d'identification précise du ou des critères de gravité. Pour l'heure, la proportionnalité est un principe opératoire. Pour des considérations de politique pénale, un acte peut à tout moment recevoir la qualification d'infraction grave.

486.- Le principe de proportionnalité a une valeur constitutionnelle en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Cette disposition interdit au législateur d'édicter des sanctions qui seraient disproportionnées par rapport à la gravité des faits incriminés. En d'autres termes, la peine ne peut être plus sévère qu'il ne le faut. Cependant, le contrôle du respect de la proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel est relativement restreint puisqu'il estime qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'acte incriminé et la peine encourue, il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci¹³⁹¹. Ce qui n'empêche pas, pour autant, le Conseil constitutionnel de censurer des dispositions prévoyant des mesures considérées par lui, comme disproportionnées¹³⁹².

487.- La problématique de la proportionnalité semble aujourd'hui s'étendre à la procédure de la collecte de la preuve. Elle s'est progressivement affirmée à raison de l'évolution de la

¹³⁹¹ Cons. const. 16 juil. 1996, n° 96-377 DC ; Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC ; Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC.

¹³⁹² Cons. const. 30 déc. 1987, n° 87-237 DC.

procédure pénale. La mise en place des procédures dérogatoires était réservée à une catégorie d'infractions particulièrement graves. Il s'agit, dès lors, de principe de proportionnalité entre la gravité et/ou la complexité de l'infraction et la procédure applicable. Les infractions limitativement énumérées sont soumises à une procédure « spéciale » facilitant l'obtention de la preuve et diminuant la protection des libertés individuelles. Progressivement, le critère de gravité et/ou de complexité de l'infraction a permis d'étendre le champ d'application des procédures dérogatoires au droit commun à de nouvelles infractions¹³⁹³. Cet élargissement subit des critiques sévères, parmi lesquelles la règle spéciale tendrait à devenir la règle générale alors même que le déclenchement d'une procédure spéciale porte une atteinte beaucoup plus grande aux libertés individuelles. Saisie de la question, le Conseil constitutionnel a précisé que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises »¹³⁹⁴. Des nombreuses dispositions spéciales telles que perquisitions de nuit, possibilité de porter à 96 heures la durée de la garde à vue, report de l'intervention de l'avocat à la 48^e ou à la 76^e heure n'ont pas été jugées disproportionnées. La consécration de la proportionnalité dans la recherche probatoire n'est pas sans conséquence. Elle conduit à un bouleversement des principes gouvernant le procès pénal. Cela explique en partie le rôle capital dévolu à l'autorité judiciaire. Ces développements démontrent que le principe de proportionnalité a pour finalité de faciliter la recherche de la preuve (Titre I). Cette valorisation de la recherche probatoire n'est pas sans conséquence (Titre II).

¹³⁹³ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 23 et s.

¹³⁹⁴ Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

TITRE I : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE ET LA FACILITATION DE L'OBTENTION DE LA PREUVE

488.- Manifestement, l'intégration de la proportionnalité dans la recherche de la preuve n'est pas toute récente ; elle date déjà de quelques années. A l'origine, cette intégration comprenait un nombre limité d'infractions. La procédure pénale mise en œuvre dans la poursuite des infractions de terrorisme, de trafic de stupéfiants et de proxénétisme échappait alors aux règles de droit commun. Considérées par le législateur comme graves, ces infractions bénéficiaient d'une procédure dérogatoire ayant pour finalité la facilitation de l'obtention de la preuve. C'est l'émergence de l'idée selon laquelle la proportion de la mesure à la gravité de l'infraction est une garantie supplémentaire de la légalité. Le champ d'application de la proportionnalité est normalement délimité et défini.

489.- On constate l'élargissement du champ d'application de la procédure dérogatoire qui rend flou le principe de proportionnalité. L'extension constante des règles dérogatoires développe en parallèle une procédure pénale qui, au fil du temps, vient concurrencer la procédure générale de droit commun. Le nombre d'infractions toujours plus grand, soumises à une procédure dérogatoire, pose désormais la question de la place de la procédure de droit commun. Certains n'hésitent pas à affirmer que la procédure commune tendrait à devenir l'exception et celle dérogatoire le principe¹³⁹⁵. La proportionnalité ne constituerait plus un complément de la légalité. Toutes les infractions ou du moins un grand nombre seraient désormais concernées par les règles spéciales. Cette transformation procédurale n'est pas sans conséquence : elle conduit à faire prédominer la proportionnalité sur la légalité. Dès lors que la proportionnalité tend à englober toutes les infractions, les critères posés à l'origine deviennent de plus en plus obsolètes. Même si la valorisation de la recherche probatoire reste l'objectif initial, la transposition de la proportionnalité à la recherche de la preuve revêt une certaine variabilité : elle apparaît dans certains cas comme un complément de la légalité (Chapitre I) et dans d'autres cas comme un substitut de la légalité (Chapitre II).

¹³⁹⁵ CH. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 651.

CHAPITRE I : LES CRITERES DE LA PROPORTIONNALITE

490.- L'insertion de la proportionnalité dans la procédure de la collecte de la preuve met en avant l'adéquation entre la gravité et/ou la complexité de l'infraction et la procédure applicable. Le champ d'application d'une mesure dérogatoire repose sur certains critères. Certains agissements considérés comme portant gravement atteinte à l'ordre public doivent recevoir une réponse adaptée. Le caractère exceptionnel de la technique d'investigation conduit à faire de la proportionnalité un allié efficace de la légalité probatoire. La proportionnalité apparaît comme un simple instrument permettant d'accompagner la légalité dans sa lutte contre des infractions d'une certaine spécificité.

La légalité prédomine dans la procédure probatoire : la méthode d'investigation nécessaire n'échappe au droit commun de la procédure que si les conditions posées sont remplies. Dans un souci de faciliter la recherche probatoire, la proportionnalité apparaît comme un complément qui ne s'applique que lorsque l'infraction en cause répond à certaines exigences prédéterminées par la loi. Initialement, l'exigence première fut la gravité de l'infraction, puis elle s'est vue accompagnée du critère de complexité (Section I). Ces deux critères, en apparence différents sont souvent confondus. Les deux ou l'un d'entre-eux peuvent justifier la mise en œuvre d'actes d'investigation particuliers (Section 2).

SECTION I : LA GRAVITE ET/OU LA COMPLEXITE DE L'INFRACTION

491.- La collecte de la preuve semble facilitée par la gravité et/ou la complexité de l'infraction. Lorsqu'une infraction est considérée comme grave (§1) ou complexe (§2), la police judiciaire bénéficie des moyens importants dans la recherche de la preuve. Ces deux critères servent donc de fondement à la mise en œuvre des dispositions spéciales.

§1. La gravité de l'infraction

492.- Le critère de gravité ne semble pas s'appliquer à n'importe quelle infraction. L'infraction ne peut recevoir la qualification de gravité que si elle répond à certaines conditions. La gravité dépend de l'échelle de la peine (A) ou de la nature de l'infraction (B).

A. L'échelle de la peine

493.- Le recours à certaines méthodes d'investigation n'est possible que si les agissements atteignent un certain seuil. Ceci n'est pas nouveau. En droit commun, les infractions présentant un certain degré de gravité, en fonction de la peine encourue, justifient l'application des dispositions spéciales¹³⁹⁶. Le critère de gravité repose ici sur le quantum de la peine. Il est à noter que la peine d'emprisonnement encourue doit être égale ou supérieur à deux¹³⁹⁷ ou trois ans¹³⁹⁸. Le seuil fixé est relativement faible. Ces dispositions concernent un grand nombre d'infractions.

Ce mouvement s'est amplifié pour justifier les procédures dérogatoires. Il s'agit maintenant d'un outil opérationnel servant de justification à la méthode employée au regard de la qualification donnée au fait infractionnel¹³⁹⁹. Pour respecter pleinement le principe de proportionnalité, il semble que le recours à une technique spéciale ne peut se justifier que si la peine d'emprisonnement encourue est égale ou supérieure à cinq ans. Ce seuil répond, pour le législateur, à l'exigence de gravité car il permet d'identifier les infractions susceptibles de légitimer l'application des dispositions spéciales.

494.- L'appréciation du critère de gravité relève du pouvoir discrétionnaire du législateur. Celui-ci peut décider de moduler le quantum de la peine en fonction de la politique pénale. Le

¹³⁹⁶ V. *infra* n° 798 et s.

¹³⁹⁷ C'est notamment le cas des écoutes téléphoniques.

¹³⁹⁸ C'est notamment le cas du témoignage anonyme.

¹³⁹⁹ V. SIZAIRE, *La fragilité de l'ordre pénal républicain ; la loi pénale à l'épreuve du bon sens répressif*, Thèse, Paris Ouest, 2013, n° 46, p. 60.

critère minimal de punissabilité n'est pas définitivement établi. A tout moment le législateur peut décider d'abaisser ou d'augmenter le seuil minimum de gravité.¹⁴⁰⁰ L'appréciation du critère de gravité, décidée arbitrairement par le législateur, conduit à l'instrumentalisation des techniques spéciales. Celles-ci peuvent englober un grand nombre d'infractions, alors même que, initialement, elles ne ciblaient qu'une catégorie particulière d'infractions. Le pouvoir du législateur est alors exorbitant car c'est lui qui fixe le seuil minimum de gravité et crée les infractions susceptibles de répondre à cette échelle de peine. Il y a donc un certain arbitraire du législateur qui conduit à une incertitude du périmètre de procédures spéciales.

B. La nature de l'infraction

495.- En raison de leur nature, certaines infractions sont considérées comme particulièrement graves. Il s'agit pour la plupart des infractions ayant pour point commun la nécessité d'une certaine organisation et leur commission en bande. Ainsi, les infractions relevant de la criminalité organisée remplissent ces conditions¹⁴⁰¹. Sauf exception¹⁴⁰², les infractions énumérées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale sont naturellement graves car commises en groupe, c'est-à-dire à plusieurs. C'est la pluralité d'agents qui donne à l'infraction sa nature particulièrement grave. Cette pluralité « est d'ailleurs tantôt un élément constitutif de l'infraction (comme dans l'association de malfaiteurs), tantôt une circonstance aggravante, celle de bande organisée définie à l'article 132-71 du Code pénal »¹⁴⁰³.

Les infractions concernées sont :

- le meurtre commis en bande organisée,
- les actes de tortures et actes de barbarie commis en bande organisée,
- le trafic de stupéfiants, l'enlèvement et séquestration commis en bande organisée,
- la traite des êtres humains aggravée,
- le proxénétisme aggravé,
- le vol commis en bande organisée,
- l'extorsion aggravée,

¹⁴⁰⁰ Initialement, le recours à l'anonymat du témoin n'était possible qu'en cas de crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Puis le législateur a abaissé le seuil de la peine encourue de cinq à trois ans : V. *supra* n° 401.

¹⁴⁰¹ E. VERGES, « La notion de criminalité organisée organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pén.* 2004, p. 184. Selon cet auteur, la bande organisée se caractérise par l'existence d'un réseau relationnel, actes préparatoires et organisation structurée.

¹⁴⁰² Les infractions de la criminalité organisée prévues par l'article 706-74 du Code de procédure pénale peuvent relever de la grande complexité.

¹⁴⁰³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n°132, p. 105.

- l'escroquerie commise en bande organisée,
- les destructions et dégradations commises en bande organisée,
- la fausse monnaie, les actes de terrorisme, les délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée,
- les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée,
- le blanchiment et le recel, délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du code pénal lorsqu'il est en relation avec l'un des infractions mentionnées aux 1° à 15° et 17°,
- le crime de détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport commis en bande organisée prévu par l'article 224-6-1 du code pénal,
- les crimes et délits punis de dix ans d'emprisonnement, contribuant à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs entrant dans le champ d'application de l'article 706-167,
- l'association de malfaiteur de l'article 450-1 du Code pénal.

Pour toutes les infractions énumérées, il est prévu de nombreuses règles spéciales.

On retrouve ici la même incertitude quant au périmètre de procédures spéciales. Le législateur n'ayant pas opté pour des critères précis, à part celui de la bande organisée.

Outre la gravité de l'infraction, la complexité est aussi un critère de la proportionnalité.

§2. La complexité de l'infraction

496.- Les infractions susceptibles d'être complexes se singularisent par les difficultés rencontrées par la police judiciaire dans la recherche de la preuve. Il existe deux niveaux de complexité : la grande complexité (A) et la très grande complexité (B).

A. La grande complexité

497.- L'aspiration est à l'aménagement des règles de preuve et de compétence pour certaines infractions. Le critère arrêté, même s'il n'est pas d'une grande précision, repose sur la

« grande complexité » des faits. Seules les infractions présentant certaines caractéristiques bénéficient de procédures particulières¹⁴⁰⁴.

498.- En matière économique et financière, l'article 704 du Code de procédure pénale énumère les infractions qui font l'objet d'un particularisme procédural. Il s'agit des délits prévus par le Code pénal, à savoir l'abus de faiblesse, escroquerie, atteintes aux règles sur les adjudications publiques, abus de confiance, atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, blanchiment, concussion, corruption et trafic d'influence, fausse monnaie, le fait pour une personne de ne pouvoir justifier de son train de vie tout en entretenant des relations habituelles avec des personnes participant à une association de malfaiteur ; délits prévus par le Code de commerce ; délits prévus par le Code monétaire et financier ; délits prévus par le Code de la construction et de l'habitation ; délits prévus par le Code de la propriété intellectuelle ; délits prévus de fraude fiscale et d'organisation de refus collectif de l'impôt ; délits prévus par le Code des douanes ; délits prévus par le Code de l'urbanisme ; délits prévus par le Code de la consommation ; délits prévus par la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard ; délits prévus par la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme ; délits prévus par la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse. A cela s'ajoute les délits connexes à ces délits.

499.- La grande complexité concerne également les infractions à la santé publique¹⁴⁰⁵. L'origine de l'infraction doit être un produit de santé tel défini par l'article L. 5311-1 du Code de la santé publique ou un produit destiné à l'alimentation de l'homme ou de l'animal ou un produit ou une substance auxquels l'homme est durablement exposé et qui sont réglementés en raison de leurs effets ou de leur dangerosité. Sont visées les atteintes à la personne humaine au sens du titre II du livre II du Code pénal, notamment homicide volontaire, empoisonnement, administration de substances nuisibles à la santé, homicide involontaire ; infractions prévues par le Code de la santé publique ; infractions prévues par le Code rural et de la pêche maritime ou le Code de la consommation ; infractions prévues par le Code de l'environnement et le Code du travail. On doit ajouter les infractions connexes.

¹⁴⁰⁴ Les infractions d'une grande ou très grande complexité relèvent de la compétence des juridictions spécialisées. C'est donc la compétence *ratione materiae*.

¹⁴⁰⁵ Articles 706-2 et 706-2-1 du Code de procédure pénale.

500.- Le terme grande « complexité » est encore employé à l'article 706-107 du Code de procédure pénale pour pollution des eaux maritimes et des voies ouvertes à la navigation maritime et l'article 703-75 du Code de procédure pénale pour la criminalité organisée. Ce terme permet d'étendre la compétence des tribunaux de grande instance.

501.- La complexité d'une infraction est en principe dépendante des circonstances de sa commission¹⁴⁰⁶. Une infraction simple, exclue de la liste légale, peut devenir, en raison des circonstances de sa commission, complexe. Alors même qu'une infraction considérée comme complexe, donc faisant partie de la liste légale, peut se révéler toute simple. De là, il semble que la « complexité » est une situation de fait, faisant obstacle à toute énumération légale¹⁴⁰⁷. En outre, si le législateur énumère les infractions dont peuvent connaître les juridictions spécialisées lorsque les faits sont considérés comme d'une grande complexité, il revient au procureur de la République de décider de la grande complexité de l'infraction. La complexité n'est pas un critère précis. Il y a donc une incertitude quant au périmètre de juridictions spécialisées. Tel est également le cas de la très grande complexité.

B. La très grande complexité

502.- Des règles procédures dérogatoires au droit commun sont prévues en présence d'une infraction qualifiée de « très grande complexité ». Sont visées certaines infractions économiques et financières. Contrairement à la grande complexité, la très grande complexité se caractérise, selon le législateur, notamment par le grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes où du ressort géographique sur lequel elles s'étendent. La circulaire du 2 septembre 2004 précise que ces critères ne sont pas limitatifs et que doivent être pris en compte l'importance du préjudice causé par l'infraction, la taille et l'implantation internationale des structures en ayant permis la réalisation (cas des sociétés multinationales), la nécessité du recours à la coopération internationale (notamment par le recours à l'unité Eurojust), certains faits connexes ayant pu être commis à l'étranger ; l'utilisation de comptes bancaires multiples, spécialement par le biais de sociétés off shore ; l'existence d'un groupe structuré agissant dans de multiples lieux et selon le même *modus operandi* ; l'extrême technicité des matières concernées, etc¹⁴⁰⁸. En pratique, les infractions visées par l'expression

¹⁴⁰⁶ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., 2008, n° 370, p. 242.

¹⁴⁰⁷ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., 2008, n° 366, p. 240.

¹⁴⁰⁸ CRIM 04-11/G3-02.09.04.

« très grande complexité » sont les fraudes aux intérêts financiers de l'Union européenne, les blanchiments à grande échelle, les actes commis par des organisations de type mafieux¹⁴⁰⁹.

On observe un recoupement partiel avec certaines infractions de la criminalité organisée.

Les critères de la proportionnalité sont indiqués, ainsi, il convient de voir comment ils sont appliqués.

¹⁴⁰⁹ J.-L. WARSMANN, *Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 851, I, mai 2003, p. 136.

SECTION II : L'APPLICATION DES CRITERES

503.- Il ne peut, en principe, être admis n'importe quel acte d'investigation. La personne mise en cause doit être protégée contre toute forme de contrainte. Cela signifie qu'aucun procédé attentatoire aux droits et libertés de la personne n'est envisageable. Or, lors d'une enquête, le recours à la contrainte peut s'avérer très utile. Le principe de proportionnalité permet de neutraliser ces exigences. Il rend possible la contrainte dès lors qu'elle est mesurée, c'est-à-dire limitée aux nécessités de la procédure et proportionnée à la gravité ou complexité de l'infraction reprochée¹⁴¹⁰. C'est donc grâce aux critères de la proportionnalité que sont possibles l'intrusion de la police judiciaire dans l'intimité (§1) et la surveillance (§2).

§1. La plus grande intrusion de la Police judiciaire dans l'intimité

504.- Introduit comme un critère d'un juste équilibre entre les droits des personnes et l'intérêt de l'enquête en raison d'exigence de la proportion entre les moyens employés et le but recherché, le principe de proportionnalité contribue à légitimer certains actes d'investigation. Seuls sont recevables les actes d'investigation considérés comme nécessaires pour justifier une atteinte mesurée aux droits des personnes. Ainsi, si toute personne a droit au respect de l'intimité de sa vie privée, les critères dont use la proportionnalité rendent possibles l'introduction domiciliaire (A) et l'immixtion dans la communication (B).

A. L'introduction domiciliaire

505.- Dès lors que la « maison de chaque citoyen est un asile inviolable »¹⁴¹¹, nul ne peut y entrer sans y avoir été invité. L'inviolabilité du domicile est reconnue tant au niveau national¹⁴¹² qu'international¹⁴¹³. Elle ne constitue pour autant pas un principe absolu. L'intervention législative a permis de la rendre relative en cas de suspicion¹⁴¹⁴. En effet, lorsque la police judiciaire se trouve en possession d'indices et estime pour compléter ces indices qu'il est indispensable de « visiter » le domicile de la personne soupçonnée, la pénétration de la police judiciaire au domicile est admise mais sous conditions (1). La

¹⁴¹⁰ Article préliminaire du Code de procédure pénale.

¹⁴¹¹ Article 359 de la Constitution du 5 fructidor an III.

¹⁴¹² Article 9 du Code civil ; article 226-4 du Code pénal.

¹⁴¹³ Article 8 Convention européenne des droits de l'homme, article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 17 du pacte international relatif aux droits civils et politique.

¹⁴¹⁴ H. VLAMYNCK, « Le policier et l'inviolabilité du domicile », *AJ Pén.* 2011, p. 352 et s.

proportionnalité favorise un rapprochement entre l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance (2), des dérogations aux heures légales (3) et des saisies incidentes (4).

1. La réglementation de l'introduction domiciliaire

506.- l'article 59, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale autorise les perquisitions et les visites domiciliaires. Malgré l'identité de régime, la perquisition et la visite domiciliaire n'ont pas la même finalité. La perquisition se définit comme « la recherche minutieuse de tous les éléments de preuves utilisables, effectuée à l'intérieur du domicile d'une personne privée ou dans les locaux appartenant à une personne morale »¹⁴¹⁵ alors que la visite domiciliaire désigne « l'entrée dans un lieu privé aux fins de constat ou de vérification »¹⁴¹⁶. Il ressort de ces définitions que la perquisition conduisant à la saisie d'objets nécessaires à l'établissement de la preuve de l'infraction invite à des investigations poussées. La visite domiciliaire consiste en une simple constatation, vérification sur les lieux. Quel que soit l'acte d'investigation choisi, le lieu d'exécution de la mesure est le domicile. Celui-ci semble recevoir une acception jurisprudentielle beaucoup plus large (a). La loi impose un formalisme particulier dans l'hypothèse des lieux où sont détenus certains secrets (b).

a. La détermination du lieu soumis à perquisition ou visite domiciliaire

507.- Les formalismes prévus ne concernent que la perquisition du domicile. Lorsque le lieu n'est pas considéré comme un domicile, les investigations effectuées ne peuvent être qualifiées de perquisition, excluant ainsi l'application des dispositions relatives aux perquisitions. C'est donc la notion du domicile qui est déterminante. En l'absence d'une définition légale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « le terme domicile ne désigne pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu, qu'elle y habite ou non, où elle a le droit de se dire chez elle, quel que soit le tire juridique de l'affectation donnée aux locaux »¹⁴¹⁷. Le domicile fait donc l'objet d'une conception jurisprudentielle extensive¹⁴¹⁸. L'interprétation large du critère d'habitabilité conduit à faire de la notion du domicile « tout lieu où la personne a le droit de se dire chez

¹⁴¹⁵ R.MERLE et A. VITU, *Traité du droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 192.

¹⁴¹⁶ *Lexique des termes juridiques*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2013, p. 572.

¹⁴¹⁷ Cass. crim., 23 mai 1995, Bull. crim., n° 193 ; Cass. crim., 24 juin 1987, Bull. crim., n° 267 ; Cass. crim., 13 oct. 1982, Bull. crim., n° 281.

¹⁴¹⁸ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 657, p. 543 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 432, p. 392.

elle, le lieu où elle demeure, quel que soit le titre de son occupation et la durée, permanente ou temporaire, de cette occupation »¹⁴¹⁹ ou encore le local « pourvu des équipements nécessaires à une habitation effective »¹⁴²⁰. De là, est considéré comme un domicile, soumis à perquisition, la chambre d'hôtel¹⁴²¹, la tente de camping¹⁴²², la villa de vacances¹⁴²³, la chambre occupée par un malade¹⁴²⁴, un grenier, l'appartement privé d'un ministre se trouvant dans le ministère¹⁴²⁵ ou encore la terrasse d'un appartement¹⁴²⁶.

508.- La jurisprudence semble appliquer la théorie de l'accessoire qui suit le principal. Ces différents lieux sont assimilés au domicile parce qu'ils constituent son accessoire. Ils servent, comme le domicile, « de demeure à un être humain »¹⁴²⁷. Ce dernier peut se reposer et y déposer des objets de valeurs dans la croyance de bénéficier d'une certaine sécurité¹⁴²⁸. C'est pourquoi la jurisprudence assimile, par extension au domicile, le bureau de comptabilité¹⁴²⁹, le bureau servant à l'activité du président de la chambre des métiers dans le bâtiment de la chambre¹⁴³⁰. Dès lors que l'aménagement en un lieu d'habitation est possible, le lieu acquiert l'identité de domicile.

509.- Dès lors que le lieu est qualifié de domicile, la police judiciaire peut s'introduire chez toute personne qui paraît avoir « participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés »¹⁴³¹. L'introduction domiciliaire aux fins de perquisitions ne se limite pas à la seule demeure, elle s'étend au-delà¹⁴³². La raison en est simple : les objets intéressant l'enquête peuvent avoir été confiés à une tierce personne. Cette détention de bonne ou mauvaise foi constitue un fait justificatif d'élargissement de l'introduction domiciliaire.

¹⁴¹⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Cujas, 2001, n° 196, p. 246.

¹⁴²⁰ Cass. crim., 17 oct. 1995, Bull. crim., n° 310 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 20, obs. A. MARON ; *D.* 1996, somm. 256, obs. J. PRADEL.

¹⁴²¹ Cass. crim., 24 juin 1893, S. 1893, I, 491 ; Cass. crim., 31 janv. 1914, S. 1916, I, 59 ; Cass. crim., 30 mai 1980, Bull. crim., n° 165.

¹⁴²² Cass. crim., 18 oct. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 100.

¹⁴²³ Cass. crim., 12 mars 1958, Bull. crim., n° 253.

¹⁴²⁴ Paris, 17 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 429.

¹⁴²⁵ Cass. crim., 4 juin 1971, Bull. crim., n° 178 ; *D.* 1971, somm. p. 156.

¹⁴²⁶ Cass. crim., 4 mai 1965, Bull. crim., n° 128 ; *D.* 1965, p. 631.

¹⁴²⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 196, p. 246.

¹⁴²⁸ H. MATSOPOUPOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 658, p. 545.

¹⁴²⁹ Cass. crim., 21 mai 1957, Bull. crim., n° 434.

¹⁴³⁰ Cass. crim., 24 juin 1987, Bull. crim., n° 267 ; *JCP* 1987, IV, 302.

¹⁴³¹ Articles 56, alinéa 1^{er} et 76, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹⁴³² Cass. crim., 27 janv. 1987, Bull. crim., n° 41 ; *D.* 1987, somm. 408, obs. J. PRADEL ; *D.* 1988, 179, note DAROLLE.

510.- Si la jurisprudence a interprété largement la notion de domicile, elle a tout de même, en s'appuyant sur les critères précédemment cités, écarté l'assimilation de certains lieux au domicile. Il en est ainsi de la cour d'immeuble non close¹⁴³³, la consigne d'une gare¹⁴³⁴, le véhicule¹⁴³⁵ et le bateau¹⁴³⁶ non aménagés, l'appartement détruit par une explosion devenant inhabitable¹⁴³⁷, la hutte de chasse¹⁴³⁸ ou encore un coffre bancaire¹⁴³⁹. Dans ces divers lieux, « la vie humaine »¹⁴⁴⁰ semble difficile. L'exigence d'un lieu d'habitation décent conduit à un certain encadrement de la reconnaissance ou non d'un lieu comme domicile. Cette conception qui fait l'objet d'une controverse doctrinale¹⁴⁴¹ délimite les modalités de la perquisition ou visite domiciliaire. Dès règles particulières sont prévues dans l'hypothèse de la perquisition des lieux où sont détenus certains secrets.

b. Le cas particulier des lieux où sont détenus certains secrets

511.- Il pourrait être considéré que l'introduction domiciliaire serait inconciliable avec le secret professionnel. Dès lors que ce dernier interdit à toute personne astreinte de divulguer les informations, la perquisition semble incompatible avec cette obligation dans la mesure où la police judiciaire peut se trouver en possession des documents contenant des informations secrètes. Le secret professionnel est institué dans l'intérêt de la société¹⁴⁴². Si la confiance que reçoit le professionnel doit être protégée, le secret professionnel ne peut être avancé pour cacher des éléments de preuve. C'est aussi dans l'intérêt de la société d'autoriser des perquisitions. Pour protéger le secret professionnel, des règles protectrices sont prévues. Celles-ci sont plus ou moins renforcées selon le professionnel concerné.

512.- Dans certains cas, le secret professionnel est inopposable à l'enquête de police. Il en est ainsi du secret bancaire où le banquier est soumis à l'obligation de taire les informations qu'il

¹⁴³³ Cass. crim., 26 sept. 1990, Bull. crim., n° 321.

¹⁴³⁴ Cass. crim., 12 oct. 1993, Bull. crim., n° 287 ; *D.* 1994, somm. 186, obs. J. PRADEL.

¹⁴³⁵ Cass. crim., 8 nov. 1979, Bull. crim., n° 311 ; *JCP* 1980, II, 19337, note DAVIA.

¹⁴³⁶ Cass. crim., 20 nov. 1984, Bull. crim., n° 355.

¹⁴³⁷ Cass. crim., 31 mai 1994, Bull. crim., n° 213 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 194, chron. 59.

¹⁴³⁸ Cass. crim., 9 janv. 1992, Bull. crim., n° 6.

¹⁴³⁹ Cass. crim., 14 oct. 1969, Bull. crim., n° 248.

¹⁴⁴⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 432, p. 393.

¹⁴⁴¹ Pour certains auteurs comme V. ESCANDE, il s'agit d'une notion de pur fait : *J.-Cl. proc. pén.* art. 92 à 98, juin 1984, n° 130, alors que J. PRADEL considère qu'il s'agit d'une notion de droit, soumise au contrôle de la Cour de cassation : *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 432, p. 392.

¹⁴⁴² P. BOUZAT, « La protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 541 ; M. DELMAS-MARTY, « A propos du secret professionnel », *D.* 1982, p. 267 ; C. RAOULT, « Le secret professionnel (...) encore ! », *Gaz. Pal.* 28 févr.-1^{er} mars 2003, doct. 12 ; H. LECLERC, « Les secrets de l'avocat », in *Secrets professionnels*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Autrement, p. 210 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le secret professionnel », *LPA* 20 juin 2001, n° 122, p. 10.

aura apprises dans l'exercice de ses fonctions et portant sur ses clients mais aussi sur des tiers non liés contractuellement avec la banque¹⁴⁴³. Toutefois, la loi précise que ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale¹⁴⁴⁴. D'ailleurs, selon la jurisprudence, les officiers de police judiciaire agissant sur réquisition du parquet dans le cadre d'une enquête préliminaire ne peuvent se voir opposer le secret bancaire¹⁴⁴⁵. Un auteur avance que la solution serait la même si les officiers de police judiciaire agissent d'office¹⁴⁴⁶. La police judiciaire peut mener librement toutes les investigations nécessaires en raison de l'obligation pour le banquier de répondre favorablement à toutes ses demandes¹⁴⁴⁷.

513.- De même, les perquisitions sont possibles dans les bureaux d'un expert comptable¹⁴⁴⁸, des ministres de cultes¹⁴⁴⁹. Pour tous ces professionnels astreints au secret, l'inopposabilité s'accompagne d'un devoir de secret de l'enquête de police. En aucun cas ils doivent signaler aux personnes concernées le déclenchement d'une enquête les concernant.

514.- Dans d'autres cas, la perquisition dans les lieux où sont détenus certains secrets est autorisée mais conditionnée¹⁴⁵⁰. C'est le cas le plus fréquent en pratique : la perquisition sous conditions est possible dans les cabinets de médecin, notaire, avoué, huissier, avocat, locaux de presse. En ce qui concerne le médecin, on distinguait deux cas dans lesquels il pouvait y avoir lieu à perquisition. Dans le premier cas où le médecin est lui-même mis en cause dans l'enquête de police, il ne peut invoquer le secret professionnel pour s'opposer aux perquisitions faites à son cabinet. Le secret ne constitue pas un privilège « institué au bénéfice du corps médical, mais un droit destiné à protéger la personnalité des malades »¹⁴⁵¹.

Le second cas concerne la mise en cause de l'un de ses patients. Bien que la situation dans un tel cas puisse paraître, *a priori*, sensible puisqu'il s'agit non pas de perquisitionner contre le

¹⁴⁴³ Article L. 511-33, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier.

¹⁴⁴⁴ Article L. 511-33, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

¹⁴⁴⁵ Cass. crim., 27 avr. 1994, Bull. crim., 1994, n° 152 ; *D.* 1994, 402, note C. GAVALDA ; *Rev. sc. crim.* 1994, p. 776 ; *JCP* 1994, I, 376, n° 3 ; *RD bancaire et bourse* 1994, p. 258 ; *RJDA* 1994, n° 945 ; Toulouse, 8 févr. 1993, *Dr. et patrim.* 1993, n° 6 et 37.

¹⁴⁴⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 441, p. 398.

¹⁴⁴⁷ La jurisprudence estime que le banquier ne peut communiquer à son client la copie d'un procès-verbal de réquisitions concernant les comptes bancaires de ce client que lui avait notifié un officier de police judiciaire dans le cadre d'une enquête préliminaire : Cass. crim., 30 janv. 2001, *JCP* 2001, p. 1328 ; *RD bancaire et bourse* 2001, p. 150 ; *RTD com.* 2001, p. 787 ; Cass. com., 10 déc. 2003, *RJDA* 2004, n° 461 ; *JCP* 2004, n° 5 ; *D. affaires* 2004, p. 209.

¹⁴⁴⁸ Cass. crim., 20 juin 1972, Bull. crim., n° 210 ; 15 sept. 1987, Bull. crim., n° 311.

¹⁴⁴⁹ Cass. crim., 17 déc. 2002, Bull. crim., n° 231.

¹⁴⁵⁰ D. THOUVENIN, « Révélation d'une information à caractère secret, art. 226-13 à 226-14 du Code pénal », *J-Cl. pén.* 1998, fasc. 20, n° 63.

¹⁴⁵¹ L. MELENNEC, « Perquisitions, saisies et secret professionnel médical », *Gaz. Pal.* 1980, I, doct. p.145.

médecin mais contre son patient, la loi ne fait pas de distinction et autorise les perquisitions. Mais lorsque les actes considérés portent des mentions médicales, la jurisprudence a toujours exigé la mise en œuvre des mesures pour que soit saisi le seul acte utile. Le magistrat doit préalablement provoquer toutes mesures utiles pour que soit assuré le secret. Pour respecter cette exigence, l'usage a consisté en la désignation par le magistrat d'un expert médical. Ce dernier peut compulsor les documents et sait ainsi ceux qui sont nécessaires à l'accomplissement de sa mission¹⁴⁵². L'expert joue le rôle de filtre en permettant de ne saisir que les documents intéressant la procédure ; il évite ainsi la divulgation inutile¹⁴⁵³. Cette pratique est depuis longtemps admise par la jurisprudence¹⁴⁵⁴. Néanmoins, n'ayant fait l'objet d'aucune reconnaissance législative, la présence de l'expert n'est pas obligatoire. Le magistrat peut effectuer seul la perquisition et procéder à la saisie sans l'expert médical¹⁴⁵⁵. La loi exige, depuis peu, la seule présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant.

515.- Avant ce bouleversement, on exigeait la seule présence du juge d'instruction ou d'un magistrat délégué par lui en cas de perquisition et saisie dans un cabinet de médecin. Rien ne lui interdisait de commettre rogatoirement un officier de police judiciaire. Mais la pratique et la doctrine¹⁴⁵⁶ suggéraient la nécessité d'informer l'ordre des médecins afin qu'il délègue un de ses membres pour assister aux opérations et en contrôler la régularité. La présence du conseil comme celle de l'expert a pour objet de limiter la perquisition aux documents essentiels et d'éviter la divulgation des documents étrangers à l'enquête. Cette pratique reçut une consécration législative par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, modifiée par les lois n° 93-2 du 4 janvier 1993 et n°2000-516 du 15 juin 2000. Il résulte de l'article 56-3 du Code de procédure pénale que « les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier sont effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant ». Ces précautions permettent d'assurer le respect du secret professionnel et le respect des droits de la défense. Cependant, elles ne s'appliquent pas en cas de remise spontanée des documents médicaux à l'entrée de l'hôpital dans la mesure où il ne s'agit

¹⁴⁵² J. PRADEL, « L'incidence du secret médical sur le cours de la justice pénale », *JCP* 1969, I, 2234.

¹⁴⁵³ J. MELENNEC, « Perquisitions, saisies et secret professionnel médical », *Gaz. Pal.* 1980, I, doct. p. 147.

¹⁴⁵⁴ Cass. crim., 24 avr. 1969, *D.* 1969, Jur. 640 ; *D.* 1970, p. 637, rapport CHAPAR ; *JCP* 1970, II, 16306, note SAVATIER ; Cass. crim., 20 janv. 1976, *Bull. crim.*, 1976, n° 23 ; Cass. crim., 16 nov. 1976, *Bull. crim.*, n° 327.

¹⁴⁵⁵ J. MELENNEC, « Perquisitions, saisies et secret professionnel médical », *Gaz. Pal.* 1980, I, doct. p. 147.

¹⁴⁵⁶ J. PRADEL, « L'incidence du secret médical sur le cours de la justice », *JCP* 1969, I, 2234.

nullement d'une perquisition impliquant la recherche minutieuse des éléments intéressant l'enquête¹⁴⁵⁷ ou à une chambre d'hôtel occupée par un médecin d'une équipe sportive en déplacement¹⁴⁵⁸. Qu'en est-il de la perquisition dans le cabinet d'avocat ?

516.- L'avocat est le professionnel qui semble bénéficier des garanties les plus étendues. La constatation de l'interprétation curieuse du secret professionnel par certains avocats en participant ou bénéficiant de l'infraction a conduit à la recherche d'une conciliation entre la recherche des éléments de preuve et le respect des droits de la défense¹⁴⁵⁹. A l'inverse des autres professionnels notamment des médecins, la perquisition dans le cabinet d'un avocat ne saurait concerner l'un de ses clients. En d'autres termes, la perquisition dans le cabinet d'avocat n'est autorisée que si elle concerne l'avocat lui-même. Il n'est pas permis de perquisitionner aux fins de saisir des documents prouvant la participation de son client à l'infraction. Cela s'explique par le fait que l'avocat est tenu au secret¹⁴⁶⁰. En donnant les documents intéressant son client, il viole ce secret. En outre, étant représentant de son client, l'avocat parle en son nom. Le fait de donner des documents concernant son client aboutit, par conséquent, à fournir des éléments éventuellement à charge, contribuant ainsi à sa propre incrimination. Or, toute personne bénéficie du droit au silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ces droits expliquent, à juste titre, l'interdiction de la perquisition aux fins d'obtenir les preuves à l'encontre d'un de ses clients. En revanche, la perquisition aux fins d'établir la participation éventuelle de l'avocat à l'infraction est autorisée¹⁴⁶¹.

517.- L'avocat peut être complice ou coauteur d'une infraction¹⁴⁶². Le magistrat peut perquisitionner dans son cabinet dès lors qu'il possède des indices. Il peut saisir des documents ou objets en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite¹⁴⁶³. Cette position est validée par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que « les perquisitions dans le cabinet d'avocat sont possibles si elles poursuivent un but légitime, et si

¹⁴⁵⁷ Cass. crim., 20 sept. 1995, Bull. crim., n° 276 ; *D.* 1996, 296, note J. PENNEAU ; *D.* 1996, somm. 257, obs. J. PRADEL, *Dr. pén.* 1996, chron. 4, LESCLOUS et MARSAT, *Procédures* 1996, comm. 15, obs. J. BUISSON.

¹⁴⁵⁸ Cass. crim., 8 juin 1999, Bull. crim., n° 124.

¹⁴⁵⁹ D.-N., COMMARET, « Action publique. Armes commerce des matériels de guerre, d'armes et munition de défense. Plainte préalable des ministres compétents », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 834 et 835.

¹⁴⁶⁰ F. DOYEZ, « Avocat et secret professionnel », *AJ Pén.* 2004, p.144.

¹⁴⁶¹ Cass. crim., 12 mars 1992, Bull. crim., n° 112 ; Cass. crim., 20 janv. 1993, Bull. crim., n° 29 ; Cass. crim., 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235 ; Cass. crim., 27 juin 2001, Bull. crim., n° 163 ; Cass. crim., 1 mars 2006, Bull. crim., n° 60 ; *D.* 2006, IR, p. 1188 ; *AJ Pén.* 2006, p. 304, note REMILLIEUX.

¹⁴⁶² Cass. crim., 5 juin 1975, Bull. crim., n° 146 ; *JCP* 1976, II, 18243, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 14 janv. 2003, *D.* 2003, IR, 944 ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 884, obs. J.-F. RENUCCI.

¹⁴⁶³ Cass. crim., 14 janv. 2003, Bull. crim., n° 16 ; *Procédures* 2003, obs. J. BUISSON ; *D.* 2003, IR, p. 944.

la mesure est proportionnée à ces objectifs »¹⁴⁶⁴. L'atteinte au secret professionnel doit être nécessaire et proportionnée. Il faut donc une proportion entre les moyens employés et le but recherché. C'est le cas lorsque la perquisition a pour finalité la saisie des documents ou objets en lien direct avec l'infraction objet de poursuite, et est limitée aux pièces nécessaires à la manifestation de la vérité. L'atteinte au secret professionnel est disproportionnée lorsque la perquisition a pour objectif de rechercher l'identité de l'auteur d'une lettre constitutive d'une infraction pénale ou en cas de saisie globale de données électroniques¹⁴⁶⁵. En raison d'exigence de proportionnalité, la perquisition dans un cabinet d'avocat doit impérativement être assortie de garanties particulières¹⁴⁶⁶.

518.- La loi prévoit des garanties tendant à protéger le secret professionnel et les droits de la défense¹⁴⁶⁷. Tout d'abord la reconnaît au seul magistrat le pouvoir de perquisitionner dans le cabinet d'avocat. Lors d'une enquête préliminaire ou de flagrance, la police judiciaire ne peut procéder à une telle opération, seul le procureur de la République ou l'un de ses substituts peut effectuer une perquisition. Si une information judiciaire est ouverte, le juge d'instruction est seul compétent pour opérer une perquisition ; il ne peut déléguer ce pouvoir à un officier de police judiciaire. La décision du magistrat d'effectuer une perquisition doit être écrite et motivée. Elle doit indiquer la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition.

Ensuite, la perquisition ne peut être diligentée qu'en présence d'un bâtonnier ou de son délégué¹⁴⁶⁸. Au commencement de la perquisition, le magistrat porte le contenu de la décision à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué. Le magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. A peine de nullité, le magistrat ne peut saisir des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision écrite et motivée.

¹⁴⁶⁴ CEDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c/ Allemagne*, *Gaz. Pal.* 24 juin 1993, chron. M. JUNOSZA-ZDROJEWSKI ; *D.* 1993, somm. 386, obs. J.-F. RENUCCI.

¹⁴⁶⁵ CEDH, 16 oct. 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/Autriche*, n° 74336/01.

¹⁴⁶⁶ CEDH, 24 juil. 2008, *André et a. c/ France*, n° 18603/03.

¹⁴⁶⁷ Ces règles protectrices sont prévues à l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁶⁸ V. NIORE, « Petit guide à usage du bâtonnier ou de son délégué en matière de visites domiciliaires, saisies et perquisitions judiciaires au domicile et en cabinet d'avocat », *Gaz. Pal.* 8 mars 2001.

Enfin, Si le bâtonnier ou son délégué estime que la saisie d'un document ou d'un objet est irrégulière, il peut s'opposer. Le document ou l'objet litigieux est placé sous scellé fermé et la contestation est portée devant le juge des libertés et de la détention qui statue dans un délai de cinq jours par une ordonnance motivée non susceptible de recours¹⁴⁶⁹. S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate. Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction. Une procédure similaire est prévue pour les journalistes.

519.- La loi réserve au seul magistrat le pouvoir d'opérer une perquisition dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agence ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à l'activité professionnelle du journaliste¹⁴⁷⁰. Cela signifie que la police judiciaire ne peut diligenter une telle opération. Lors de l'enquête préliminaire ou de flagrance, seul le procureur de la République ou l'un de ses substituts peut effectuer une perquisition dans ces locaux. Si une information judiciaire est ouverte, le juge d'instruction est seul compétent pour opérer une perquisition. Il ne peut déléguer ce pouvoir à un officier de police judiciaire. La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite et motivée du magistrat qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, ainsi que les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Son contenu est porté dès le début de la perquisition à la connaissance de la personne présente en application de l'article 57 du Code de procédure pénale. Alors même que la loi exige la présence du bâtonnier ou de son délégué lorsque la perquisition vise un avocat, la présence d'un représentant de la profession n'est pas exigée lorsque la perquisition est liée à l'activité professionnelle du journaliste. Celui-ci est présent lors de la perquisition. En cas d'impossibilité, la perquisition s'effectue en présence d'un représentant désigné par le journaliste. A défaut, la perquisition s'effectue en présence de deux témoins choisis par l'officier de police judiciaire. Le magistrat et la personne présente ont seuls le droit de prendre

¹⁴⁶⁹ La notion de document doit s'entendre dans un sens large. Il peut s'agir des données informatiques : Cass. crim., 8 août 2007, Bull. crim., n° 188 ; *AJ Pén.* 2007, p. 492, note C. SAAS.

¹⁴⁷⁰ C'est l'article 56-2 du Code de procédure pénale qui fixe les règles particulières en matière de perquisition touchant un journaliste.

connaissance des documents ou des objets découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie. A peine de nullité, aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles indiquées dans la décision. Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites respectent le libre exercice de la profession de journaliste, ne portent pas atteinte au secret des sources en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881¹⁴⁷¹.

520.- La personne présente peut s'opposer à la saisie d'un document ou de tout objet si elle estime que cette saisie est irrégulière. Le document ou l'objet litigieux est placé sous scellé fermé. La contestation est portée devant le juge des libertés et de la détention qui statue dans les cinq jours de la réception du document ou de l'objet litigieux par une ordonnance motivée non susceptible recours. S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate. Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction. En raison d'exigence de proportionnalité, les actes d'investigation portant atteinte aux droits de la personne ne sont légitimes que s'ils s'accompagnent des garanties. Par ailleurs, la proportionnalité organise un rapprochement entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire en matière de consentement.

2. Le rapprochement entre enquête de flagrance et enquête préliminaire

521.- Dans le cadre de l'enquête de flagrance, l'assentiment de l'intéressé n'est pas requis¹⁴⁷². La définition de la flagrance justifie l'absence de consentement. Il serait inapproprié d'exiger le consentement de la personne que l'on vient de surprendre. A l'évidence, son intérêt serait de ne pas donner un tel consentement et paralyser ainsi les investigations policières¹⁴⁷³. Apparaît déjà une proportionnalité dans le droit commun. La proportionnalité est inhérente à l'enquête de flagrance. Il s'agit d'une proportionnalité contextuelle qui se justifie par

¹⁴⁷¹ V. *supra* n° 360 et s.

¹⁴⁷² Article 56 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁷³ Le consentement est également écarté dans le cadre de recherche et constatation des infractions de travail et d'emploi d'étrangers démunis de titre de travail cette fois-ci dans les lieux à usage professionnel. Il est admis que les agents de police judiciaire puissent procéder à des perquisitions et saisies sur réquisition du procureur de la République : article 78-2-1 du Code de procédure pénale. La preuve de l'infraction de travail dissimulé est difficile à établir. Dans un souci d'éviter une certaine impunité, l'action policière empêche ainsi toute disparition des éléments de preuve. Les personnes impliquées n'ont pas le temps de s'échapper ou de faire disparaître les preuves.

l'urgence. La preuve de l'infraction est encore fraîche et il est préférable d'agir rapidement pour éviter sa déperdition. La police judiciaire dispose des pouvoirs coercitifs pour mettre en œuvre des actes d'investigation. Le principe de proportionnalité, qui confère à la police judiciaire des pouvoirs de coercition, transforme le cadre de la flagrance : on est en présence d'une enquête relevant plus ou moins du droit spécial et non pas du droit commun.

522.- La coercition se justifie au regard du choix de l'enquête. A défaut d'urgence, la coercition n'est pas possible. C'est ainsi que dans le cadre de l'enquête préliminaire, ouverte lorsque les conditions de la flagrance ne sont pas réunies, la police judiciaire n'est en principe titulaire d'aucune prérogative coercitive. L'entrée dans le domicile d'une personne exige son consentement¹⁴⁷⁴. Cette exigence législative n'est que la transposition d'une jurisprudence ancienne requérant le consentement libre et volontaire de l'intéressé¹⁴⁷⁵. Le consentement doit en outre « faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal »¹⁴⁷⁶. Pour recueillir ce consentement, aucune formule n'est imposée. En pratique, la police judiciaire reprend la formule que prévoyait l'article 127 du décret organique du 20 mai portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie, ainsi rédigée : « Sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément à ce que vous y opérerez les perquisitions et saisies que vous jugerez utiles à l'enquête en cours ». Sous peine de poursuites pour violation du domicile¹⁴⁷⁷, la police judiciaire ne peut forcer le passage. L'importance accordée à l'assentiment préalable serait de nature à s'opposer à la collecte rapide des éléments de preuve. Il est alors permis d'avancer un risque majeur de disparition des éléments de preuve.

523.- La proportionnalité organise des exceptions à l'exigence de consentement dans le cadre de l'enquête préliminaire. Lorsque « les éléments de fait déjà recueillis par la police judiciaire laissent présumer qu'il est possible que se trouvent dans les lieux ou la perquisition est envisagée des pièces ou objets dont la saisie permettrait d'apporter la preuve de l'infraction, soit que ceux-ci se trouvent en possession de la personne qui paraît avoir participé à la commission de cette infraction, soit qu'ils sont relatifs aux faits incriminés »¹⁴⁷⁸ relatifs à une

¹⁴⁷⁴ Article 76, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

¹⁴⁷⁵ Cass. crim., 25 juin 1909, Bull. crim., n° 324 ; *Gaz. Pal.* 1909, 2, 510.

¹⁴⁷⁶ Article 76, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁷⁷ Article 226-4 du Code pénal.

¹⁴⁷⁸ Circulaire CRIM 04-16 E8 du 21 septembre 2004. Cette circulaire précise la condition posée par l'article 76 du Code de procédure pénale « si les nécessités de l'enquête l'exigent ».

infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans, la perquisition est possible sans le consentement de la personne chez qui a lieu l'opération¹⁴⁷⁹. Le critère de gravité confère à la police judiciaire le pouvoir d'user de la contrainte pour éviter que les investigations policières soient paralysées. Le quantum de la peine fixé répond à l'exigence de gravité, nécessaire à la mise en œuvre des prérogatives coercitives. Le seuil de la peine concerne une catégorie particulière d'infractions. Autant dire que l'exigence de consentement reste requise dans le cadre de l'enquête préliminaire lorsque l'infraction poursuivie est punie d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans.

524.- La proportionnalité ne légitime les actes d'investigation portant atteinte aux droits de la personne que s'ils s'accompagnent des garanties. L'article 76, alinéa 4 du Code de procédure pénale prévoit que le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, décider que la perquisition sera effectuée sans l'assentiment chez qui elle a lieu. La décision du juge des libertés et de la détention doit être écrite et motivée. Elle doit préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse du lieu de la perquisition et faire référence aux éléments de fait et de droit justifiant que la perquisition est nécessaire. La perquisition s'effectue sous le contrôle du magistrat qui l'a autorisée, lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales. A peine de nullité, la perquisition ne peut avoir un autre objet que la recherche et constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention.

525.- La perquisition peut s'effectuer dans le cadre de l'enquête préliminaire sans l'assentiment de la personne pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions de travail dissimulé¹⁴⁸⁰. C'est le critère de complexité de l'infraction qui est mis en avant pour justifier l'octroi à la police judiciaire de pouvoir de contrainte. L'infraction de travail dissimulé repose sur son caractère discret car elle se commet à l'abri de regard. La preuve d'une telle infraction est difficile à établir. Sauf dénonciation, il est compliqué pour la police judiciaire d'en prendre connaissance. Dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé, la perquisition sans le consentement de l'intéressé préserve les éléments de preuve. Dès lors que le consentement de l'intéressé n'est pas exigé, il ne dispose pas du temps nécessaire pour détruire tous les éléments de preuve. Comme en présence d'une infraction

¹⁴⁷⁹ Article 76, alinéa 4 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁸⁰ Article L. 8271-13 du Code du travail.

punie d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans, la perquisition dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé s'accompagne des garanties.

526.- L'article L. 8271-13 du Code du travail prévoit que sur réquisitions du procureur de la République, le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui peut délivrer une ordonnance permettant aux officiers de police judiciaire assistés, le cas échéant, des agents, des agents de police judiciaire, de procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail, y compris dans ceux n'abritant pas de salariés, même lorsqu'il s'agit de locaux habités. Le juge vérifie que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée sur des éléments de fait laissant présumer l'existence des infractions dont la preuve est recherchée.

527.- La proportionnalité opère un rapprochement entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire. L'exigence de consentement n'est plus requise dans le cadre de l'enquête préliminaire. La distinction entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire ne tend plus à reposer sur le consentement, mais sur les garanties entourant la mise en œuvre de la contrainte dans le cadre de l'enquête préliminaire. Parmi ces garanties, L'intervention d'un magistrat pour effectuer lui-même ou autoriser la perquisition est obligatoire. La proportionnalité organise des dérogations aux heures légales.

3. Les dérogations aux heures légales

528.- Aux termes de l'article 59, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale « sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures ». La police judiciaire ne peut donc s'introduire dans le domicile d'une personne avant six heures et après vingt et une heures. Une perquisition ou une visite domiciliaire commencée dans cette fourchette de temps peut se poursuivre au-delà de vingt et une heures¹⁴⁸¹. Toute introduction domiciliaire en dehors des heures légales constitue le délit de violation du domicile¹⁴⁸². Toutefois, la limitation dans le temps de l'introduction domiciliaire ne s'impose qu'en cas de perquisition, à savoir la recherche minutieuse d'objets intéressant l'enquête. En l'absence de celle-ci, la simple visite au domicile en dehors des heures légales ne saurait être assimilée à

¹⁴⁸¹ Paris, 24 janv. 1952, S, 1952, II, 93, concl. R. COMBALDIEU.

¹⁴⁸² Article 226-4 du Code pénal.

une perquisition. Ainsi, rien n'interdit à la police judiciaire de s'introduire, avec l'accord de l'intéressé, dans son domicile en dehors des heures légales pour l'interroger sur un éventuel délit de conduite sous l'empire d'un état alcoolique¹⁴⁸³. Il en est de même de la prise de photos par la police judiciaire, suite à la constatation faite à partir de l'extérieur d'un garage, de la présence de véhicules volés¹⁴⁸⁴.

529.- La proportionnalité organise des perquisitions hors les heures légales. Une dérogation à la contrainte des heures légales est prévue en matière de proxénétisme¹⁴⁸⁵. Ces dispositions dérogatoires vont être abrogées par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Le Code de procédure pénale, en reprenant l'ancienne disposition à l'article 706-35 vise les infractions de proxénétisme définies aux articles 225-5 à 225-10 du Code pénal et la participation à une association de malfaiteurs prévue par l'article 450-1 du Code pénal lorsqu'il a pour objet de préparer l'un de ces faits délictueux de proxénétisme. Si les perquisitions nocturnes sont possibles dans les hôtels, maisons meublées, pensions, débits de boissons, clubs, cercles, dancing, lieux de spectacle et leurs annexes lorsqu'il est constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement, il n'est pas nécessaire que l'identité de ces personnes soit connue¹⁴⁸⁶. Cette dérogation légale est également prévue en matière de lutte contre le trafic de stupéfiant.

530.- En matière de trafic de stupéfiant, aucun texte ne permettait les perquisitions en dehors des heures légales. En se référant au décret du 19 juillet 1791, les praticiens s'adonnaient à une distinction selon que le lieu en cause était un domicile privé ou tout autre local non ouvert au public et un lieu ouvert au public¹⁴⁸⁷. Assimilant le premier cas aux maisons de jeux ou de débauche, les agents de la force publique pouvaient, conformément aux prescriptions de l'article 10 dudit décret, s'introduire d'autorité sur désignation préalable faite par deux

¹⁴⁸³ Cass. crim., 15 mars 1990, Bull. crim., n° 117 ; D. 1990, IR, 129 ; Cass. crim., 14 sept. 2004, Bull. crim., n° 206 ; D. 2005, Pan. 687, obs. J. PRADEL ; *RPDP* 2005, 416, obs. C. AMBOISE-CASTEROT.

¹⁴⁸⁴ Cass. crim., 29 mars 1994, Bull. crim., n° 118 ; D. 1995, somm. 118, obs. J. PRADEL.

¹⁴⁸⁵ Aux termes de l'article 59, alinéa 2 du Code de procédure pénale, issu de l'ordonnance n° 60-1245 du 25 novembre 1960, les visites et perquisitions pouvaient être opérées « à toute heure du jour et de la nuit en vue d'y constater toutes les infractions aux articles 334, 334-1 et 335 du Code pénal à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boissons, club, cercle, dancing, lieu de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public lorsqu'il sera constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement ». Mais il était exigé, avant tout déclenchement des investigations, une remise préalable au parquet de la procédure faisant état de la présence habituelle des prostituées dans ces lieux.

¹⁴⁸⁶ Cass. crim., 18 avr. 1989, *Juris-Data* n° 002378.

¹⁴⁸⁷ L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de la procédure pénale*, 3^{ème} éd., Desvigne, 1952, p. 602 et 603 ; CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 330.

citoyens domiciliés. Dans le cas où le lieu était ouvert au public, la police judiciaire pouvait, sans dénonciation, pénétrer dans ces lieux conformément aux prescriptions de l'article 9 du décret prévoyant les lieux « où tout le monde est admis indistinctement ». Avec la loi du 31 décembre 1970, les perquisitions en dehors des heures légales sont désormais prévues, écartant ainsi le décret du 19 juillet 1791. L'article L. 627 du Code de la santé publique prévoit que « les dispositions de l'article 59, alinéa 2, du Code de procédure pénale sont applicables aux locaux où l'on usera en société de stupéfiants et à ceux où seront fabriquées, transformées ou entreposées illicitement lesdites substances ou plantes ». ¹⁴⁸⁸.

Ce dispositif fut repris par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 à l'article 706-28 du Code de procédure pénale ¹⁴⁸⁹. Celui-ci énonce que « pour la recherche et la constatation des infractions visées à l'article 706-26, les visites, perquisitions et saisies prévues par l'article 59 peuvent être opérées en dehors des heures prévues par cet article à l'intérieur des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants » ¹⁴⁹⁰. Une dérogation similaire est prévue en matière de terrorisme.

531.- En matière de terrorisme, l'article 17 de la loi n° 63-23 du 15 janvier 1963 prévoyait la possibilité de réaliser des perquisitions nocturnes sur réquisitions spéciales du ministère public près la Cour de sûreté de l'Etat ¹⁴⁹¹. Ces dispositions ont été abrogées ¹⁴⁹², mais les dérogations vont être rétablies par les textes successifs ¹⁴⁹³, finalement abrogés par la loi n°

¹⁴⁸⁸ Ces opérations devaient être précédées d'une autorisation écrite du procureur de la République lorsqu'il s'agissait de les effectuer dans une maison d'habitation ou un appartement, à moins qu'elles ne soient ordonnées par le juge d'instruction. Cette autorisation devait, en outre, être spéciale et non équivoque et l'officier de police judiciaire devait être en mesure de l'exhiber lors de la perquisition. Afin d'éviter tout détournement de pouvoir, a fortiori toute saisie incidente provoquée, les visites et perquisitions ne pouvaient concerner que la recherche et la constatation des délits prévus par cet article, à savoir l'importation, la production, la fabrication et l'exportation illicite. Cependant, la circulaire du 18 janvier 1971 du directeur central de la police judiciaire invitait les officiers de police judiciaire qui avaient découvert incidemment des objets provenant ou ayant servi à commettre des infractions différentes de celles définies à l'article L. 627 à aviser immédiatement le procureur de la République aux fins d'ouverture d'une information, tout en lui rendant compte des éventuelles mesures conservatoires prises.

¹⁴⁸⁹ J. BUISSON, « Règles particulières en matière de trafic de stupéfiants », *J.-Cl. proc. pén.* art. 706-26 à 706-33, sept. 1996, n° 31 et s.

¹⁴⁹⁰ Article 706-28, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

¹⁴⁹¹ J.-M. GONNARD, « Règles particulières en matière de terrorisme, Règles de compétence et de procédure », *J.-Cl. proc. pén.* art. 706-16 à 706-25-1, janv. 2000, n° 41.

¹⁴⁹² Par la loi n° 81-737 du 4 août 1981, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 qui avait organisé une dérogation pour la matière terroriste concernant l'assentiment des intéressés en cas de perquisition ne prévoyait aucunement des perquisitions en dehors des heures légales.

¹⁴⁹³ La loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 va organiser une dérogation au respect des heures légales pour tout type d'enquête ainsi que dans le cadre de l'instruction. Cette première organisation des perquisitions hors les heures légales va échouer en raison de la censure partielle par le Conseil constitutionnel de cette loi. Celui-ci précisait expressément que les garanties posées par la loi sont insuffisantes dans le cadre de l'enquête préliminaire et de l'instruction. Les insuffisances constatées par le Conseil constitutionnel vont être comblées par la loi n° 96-1235

2004-204 du 9 mars 2004. Désormais, seules les dispositions concernant la délinquance et la criminalité organisées s'appliquent aux infractions de terrorisme.

532.- La dérogation aux heures légales ne vise qu'une catégorie particulière d'infractions. Le critère arrêté est celui de la nature de l'infraction. Le proxénétisme, le terrorisme et le trafic de stupéfiants sont considérés comme des infractions naturellement graves. D'ailleurs le législateur s'est servi de ce critère pour justifier leur intégration dans les infractions de criminalité organisée. Pour toutes les infractions relevant de la criminalité organisée, une dérogation aux heures légales est également prévue. Aux termes des articles 706-89 et 706-90 du Code de procédure pénale, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies peuvent être effectuées, dans le cadre de l'enquête, en dehors des heures légales. Contrairement aux dispositions spécifiques relatives au trafic de stupéfiants et au proxénétisme, les dispositions spéciales relatives à la criminalité organisée prévoient, conformément à l'exigence de proportionnalité, des garanties¹⁴⁹⁴.

533.- Dans le cadre d'une enquête, la perquisition en dehors des heures légales doit être autorisée, sur requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention. Cette autorisation doit être écrite et préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux à perquisitionner. Cette autorisation doit être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Les opérations sont faites sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux. L'autorisation doit énoncer des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision.

534.- Des dérogations aux heures légales sont également prévues dans d'autres domaines. Il en est ainsi de l'article 5 de la loi n° 83-582 du 5 juillet 1983 sur la pêche permettant de rechercher la nuit le produit des pêches réalisées illégalement. Egalement, l'article L. 332-1

du 30 décembre 1996. Depuis lors, les perquisitions nocturnes pouvaient être réalisées en dehors des heures légales en matière de terrorisme. Ces opérations devaient, à peine de nullité, être autorisées sur requête du procureur de la République, depuis la loi du 15 juin 2000, par le juge des libertés et de la détention. Cette autorisation devait être écrite et devait préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée et l'adresse des lieux à visiter. Elle devait, en outre, être motivée par référence aux éléments de fait rendant les opérations nécessaires. En tout cas, les opérations ne pouvaient, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche d'infractions de terrorisme et elles étaient effectuées sous le contrôle du magistrat qui les avait autorisées, lequel pouvait se rendre sur les lieux. Ces opérations étaient strictement limitées à certaines conditions contraignantes qui, selon certains auteurs, jurent avec la liberté laissée aux officiers de police judiciaire en matière de proxénétisme.

¹⁴⁹⁴ Article 706-92 du Code de procédure pénale.

du Code de la propriété intellectuelle autorise les perquisitions nocturnes en matière de contrefaçon d'œuvres littéraires. Le critère choisi est celui de la complexité de l'infraction. Ces deux infractions se caractérisent par les difficultés rencontrées par la police judiciaire dans la recherche de la preuve.

535.- La question s'est posée de savoir si la police judiciaire décide, par peur de voir disparaître des éléments de preuve, de se présenter chez une personne qui l'autorise à procéder aux perquisitions en dehors des heures légalement prévues relatives à des infractions autres que celles énumérées. Les objets saisis peuvent-ils constituer des éléments de preuve ? Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait admis les perquisitions de nuit en cas de consentement donné en connaissance de cause¹⁴⁹⁵. Celle-ci résidait dans la connaissance de l'irrégularité du procédé. C'est dire que la personne chez qui l'opération devait avoir lieu avait connaissance de l'irrégularité, *a priori*, de la perquisition, décidait malgré tout de donner son consentement. Ce comportement régularisait la perquisition. Ainsi, la régularité de la perquisition nocturne dépendait des conditions dans lesquelles ce consentement avait été donné¹⁴⁹⁶. Cependant, depuis le Code de procédure pénale, le consentement de la personne ne couvre plus l'irrégularité de la perquisition débutée de nuit. La fixation de la limite des perquisitions et visites domiciliaires entre 6 heures et 21 heures encadre l'introduction de la police judiciaire au domicile d'une personne. La méconnaissance de cette exigence est une cause de nullité de la perquisition. Néanmoins, la doctrine semble être partagée sur la régularité ou non de la procédure en cas de consentement de l'intéressé. Certains considèrent que l'assentiment de l'intéressé de perquisitionner en dehors des heures légales n'entache pas la perquisition de nullité¹⁴⁹⁷ alors que d'autres émettant des doutes sérieux¹⁴⁹⁸, considèrent que la régularité de

¹⁴⁹⁵ Cass. crim., 2 janv. 1936, *DP* 1936, I, 46 ; Cass. crim., 19 juin 1957, Bull. crim., n° 242 ; *JCP* 1957, II, 10226.

¹⁴⁹⁶ Cass. crim., 17 févr. 1950, *GP* 1950, I, 286.

¹⁴⁹⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 195, p. 245 : « cette règle, protectrice des libertés individuelles et de l'inviolabilité des domiciles, n'interdit cependant pas les perquisitions et saisies pratiquées de nuit, si l'intéressé y consent expressément » ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16^{ème} éd., Cujas, 2011, n° 435, p. 395 : « aujourd'hui, on peut répondre pareillement car si l'article 59, alinéa 3, du C.P.P., décide que les formalités du présent article (sur les heures) sont prescrites à peine de nullité, rien n'interdit de renoncer à une nullité qui va être commise » ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, n° 674, p. 563.

¹⁴⁹⁸ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 228 : « si un consentement de cette nature permet à un officier de police judiciaire d'opérer hors les heures légales sans commettre le délit de violation de domicile de l'article 184 C. P., subsiste le problème de l'éventuelle nullité de la procédure ou pour le moins de l'opération nocturne – le consentement considéré semblant difficilement compatible avec la lettre impérative de l'article 59 C.P.P. » ; J. DUMONT, « Transports, perquisitions et

la procédure par le biais du consentement va à l'encontre de la lettre de l'article 59 du Code de procédure pénale. C'est d'ailleurs cette position qui est adoptée par la jurisprudence. Cette dernière estime que le consentement du chef de maison ne couvre pas l'irrégularité de la perquisition nocturne pendant une enquête préliminaire¹⁴⁹⁹. En dehors des infractions énumérées, les perquisitions en dehors des heures légales ne sont pas possibles. En revanche, la saisie incidente est possible en matière de criminalité organisée.

4. L'admission de la saisie incidente

536.- Contrairement aux dispositions spécifiques relatives au proxénétisme et au trafic de stupéfiants, les dispositions relevant de la criminalité organisée prévoient expressément la possibilité de la saisie incidente. Ainsi, en matière de proxénétisme, l'article 706-35, alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que les opérations (visites, perquisitions et saisies) ne peuvent, à peine de nullité, effectuées pour un autre objet que la recherche et la constatation des infractions de proxénétisme. Cette exigence permet d'éviter de détournement possible de procédure. La police judiciaire ne peut pénétrer dans ces divers lieux que pour la recherche des infractions de proxénétisme. Tout autre but de son introduction nocturne conduirait à la nullité de la procédure. Mais rien n'empêche la police judiciaire, en cas de constatation d'une autre infraction, de procéder à une saisie incidente. Cette possibilité est expressément prévue par l'alinéa 2 de l'article 706-93 du Code de procédure pénale. Cette disposition est issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 créant une procédure dérogatoire dans le cadre de la lutte contre la délinquance et la criminalité organisées. En intégrant le proxénétisme parmi les infractions de crime organisé, le législateur n'a pas supprimé la procédure spécifique précédemment énoncée. Deux articles permettent d'autoriser les perquisitions et saisies en dehors des heures légales. Le premier texte est général et le second vise la procédure commune de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées. Ce dernier dispositif est explicitement favorable à la saisie incidente : il est prévu qu'en cas de constatation d'autres infractions que celles visées dans la décision de magistrat compétent, la procédure incidente ne peut être frappée de nullité.

En revanche, le premier dispositif ne prévoit nullement cette possibilité au profit de la police judiciaire. On pourrait alors considérer qu'en l'absence d'une disposition expresse autorisant

saisies », *J.-Cl. proc. pén.* art. 92 à 98, mars 2003, n° 86 ; C. ESTRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, n° 357, p. 265 ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, n° 714.

¹⁴⁹⁹ Cass. crim., 3 juin 1991, Juris-Data n° 003614.

la saisie incidente, toute saisie incidente constituerait une forme de détournement de procédure, source de nullité. La disposition prévue pour la délinquance et la criminalité organisées constitue une « nouvelle extension d'une règle dérogatoire »¹⁵⁰⁰. Elle n'a pas pour finalité, comme elle pourrait laisser croire, d'unifier toutes les procédures dérogatoires en une seule procédure. Ce constat se manifeste également en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants.

537.- L'article 706-28 du Code de procédure pénale prévoit que les visites, perquisitions et saisies ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions de trafic de stupéfiants. La méconnaissance de cette exigence serait sanctionnée par une nullité. Cependant, la loi organise la possibilité pour la police judiciaire de procéder à une saisine incidente. Comme en matière de proxénétisme, le trafic de stupéfiants constitue l'une des infractions de la criminalité organisée. Comme pour le proxénétisme, les dispositions spécifiques au trafic de stupéfiants n'ont pas été supprimées. La police judiciaire dispose d'un choix dans le déclenchement des perquisitions en dehors des heures légales. A première vue, il semble que les dispositions de la procédure commune de la lutte contre le crime organisé soient plus intéressantes pour la police judiciaire dans la mise en place d'une procédure incidente. La révélation des infractions autres que celles visées dans la décision judiciaire ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. Cette autorisation encourage, du moins favorise à travers la saisie incidente d'éventuels détournements de procédure¹⁵⁰¹.

538.- C'est également le cas du terrorisme qui a vu, depuis son intégration dans les infractions de criminalité organisée, ses dispositions spécifiques supprimées. Seules les dispositions relevant de la criminalité organisée s'appliquent en matière de terrorisme. Ces dispositions autorisent la saisie incidente puisque le fait de découvrir d'autres infractions que celles visées dans la décision du magistrat compétent n'est pas une cause de nullité. Ce constat se manifeste également en cas d'immixtion dans la communication.

¹⁵⁰⁰ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 33.

¹⁵⁰¹ Article 706-93, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

B. L'immixtion dans la communication

539.- La télécommunication est devenue un moyen pour des individus d'organiser ou de commettre des infractions. La question s'est posée de savoir si la police judiciaire pouvait intercepter les correspondances émises par la voie des télécommunications. Il est vrai qu'aucune valeur constitutionnelle n'est expressément reconnue à l'inviolabilité de la correspondance¹⁵⁰². Mais la Cour européenne des droits de l'homme ne cesse d'énoncer que les communications téléphoniques se trouvent comprises dans les notions de vie privée et de correspondance au sens de l'article 8 de la Convention européenne, ladite interception ou la mise sous écoute s'analyse en une ingérence d'une autorité publique¹⁵⁰³. L'article 8 §1 de la Convention européenne garantit donc le droit pour tout citoyen au respect de ses communications téléphoniques. Toutefois, la reconnaissance de ce droit comme absolu est de nature à freiner le recueil rapide de la preuve. La police judiciaire se verrait privée de la possibilité de s'immiscer dans l'intimité du mis en cause. Celui-ci pourrait en profiter pour communiquer avec ses complices ou reconnaître auprès de ses proches sa participation à une infraction. Sans l'intrusion dans la communication, il est difficile pour la police judiciaire d'obtenir des éléments de preuve suffisants à l'établissement de la culpabilité. C'est pourquoi l'ingérence de l'autorité publique peut être justifiée si elle respecte les conditions posées à l'article 8§2 de la Convention.

540.- L'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications est subordonnée à l'exigence de proportionnalité. La mise en place d'une interception n'est possible que si l'infraction est d'une certaine gravité. Le critère de gravité rend possible le recours à l'interception de correspondances (1). Cette opération est désormais possible dans le cadre de l'enquête (2). La police judiciaire peut mettre sous écoute une ligne téléphonique (3) sans oublier de respecter les différentes étapes d'une écoute (4). En cas de découverte des faits étrangers à ceux initialement poursuivis, la police judiciaire est tenue d'en rendre compte au magistrat compétent (5).

¹⁵⁰² Elle n'est pas expressément consacrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ni par le préambule de la Constitution de 1946, auxquels renvoie celui de la constitution actuelle. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer d'une manière expresse.

¹⁵⁰³ CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 82.

1. L'interception des communications émises par la voie des télécommunications

541.- Le secret de la correspondance est la manifestation d'une liberté individuelle et à ce titre doit être protégé contre les indiscretions¹⁵⁰⁴. Or, l'écoute téléphonique consiste à « imposer, au moyen d'une dérivation sur la ligne d'un abonné, un procédé magnétique d'enregistrement et des conversations »¹⁵⁰⁵. Le droit pénal s'est trouvé ainsi face à une difficulté : comment protéger le secret de correspondance tout en assurant à la fois la prévention et la répression des infractions ? L'écoute téléphonique a souffert d'un déficit de légalité. L'ancien article 378, issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée¹⁵⁰⁶, devenu article 226-1 du Code pénal, en incriminant le fait d'écouter, au moyen d'appareil quelconque, des paroles prononcées par une personne dans un lieu privé sans son consentement, sanctionne les écoutes clandestines¹⁵⁰⁷. Les écoutes pratiquées par la police judiciaire sans le consentement de l'intéressé réunissent les éléments constitutifs de ce délit¹⁵⁰⁸.

542.- La jurisprudence va donner une base légale aux écoutes téléphoniques effectuées sur commission rogatoire du juge d'instruction sur le fondement de l'article 81 du Code de procédure pénale.

C'est dans l'arrêt Tournet que la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet expressément la légalité de l'écoute téléphonique ordonnée par voie de commission rogatoire¹⁵⁰⁹. La condition posée à la validité de cette mesure résulte de l'absence d'artifice ou stratagème et le respect des droits de la défense. De son côté, la doctrine semble partagée sur la légalité de l'écoute téléphonique. Si certains se prononcent en faveur de la légalité du procédé¹⁵¹⁰, d'autres montrent leur hostilité¹⁵¹¹. La controverse se cristallise sur les principes de loyauté¹⁵¹² et de légalité.

¹⁵⁰⁴ J. PELISSIER, « La protection du secret de la correspondance au regard du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1965, p. 116 ; V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999, n° 47, p. 89.

¹⁵⁰⁵ Paris, ch. acc. 10 févr. 1989, *D.* 1990, 15, chron. J. PRADEL.

¹⁵⁰⁶ J. PRADEL, « Les dispositions de la loi n° 70 643 du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée », *D.* 1971, doct. p. 114 ; R. LINDON, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée », *JCP* 1970, I, 2357.

¹⁵⁰⁷ R. BADINTER, « La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine », *JCP* 1971, I, 2435.

¹⁵⁰⁸ I. LOLIES, *Protection pénale de la vie privée*, PUAM, 1999, n° 100, p. 94.

¹⁵⁰⁹ Cass. crim., 9 oct. 1980, Bull. crim., n° 255 ; *JCP* 1981, II, 19578, note G. DI MARINO ; *JCP* 1981, I, 3029, note P. CHAMBON ; *D.* 1981, p. 332, note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 1981, p. 879, obs. G. LEVASSEUR ; *Rev. sc. crim.* 1982, p. 144, obs. J.-M. ROBERT.

¹⁵¹⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 433 ; G. LEVASSEUR, obs. *Rev. sc. crim.* 1980, 718.

543.- La critique pertinente concerne le principe de légalité. Il est reproché à la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'admettre le recours à l'écoute téléphonique sans aucun support légal. En effet « l'article 81 du code de procédure pénale ne saurait en lui-même être considéré comme un fait justificatif »¹⁵¹³. Seule une loi serait « utile pour consacrer la légalité de l'interception des communications téléphoniques par certaines autorités judiciaires et lui apporter des limitations qui assurent le respect des droits de la défense »¹⁵¹⁴. L'article 81 du Code de procédure pénale, rédigé en des termes généraux, donne des larges pouvoirs au juge d'instruction sans faire référence à l'écoute téléphonique¹⁵¹⁵. Pour que l'ingérence de l'autorité publique soit justifiée, elle doit être prévue par la loi. Or, l'article 81 du Code de procédure pénale ne réglemente pas le procédé d'écoute téléphonique¹⁵¹⁶. La France encourait donc le risque d'une condamnation européenne concernant une mesure portant atteinte au respect de la vie privée. La Chambre criminelle de la Cour de cassation va prendre en compte les exigences européennes pour combler les lacunes législatives¹⁵¹⁷. Cet effort ne va pas empêcher la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière va remettre en cause la qualité de la loi française (au sens matériel) qui, selon elle, « n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités, n'offrait pas des sauvegardes adéquates contre divers abus à

¹⁵¹¹ G. DI MARINO, note sous Cass. crim., 9 oct. 1980, *JCP* 1981, II, 19578 ; « Le statut des écoutes et enregistrement clandestins en procédure pénale », *rapport au VIIIe Congrès de l'Association française de droit pénal, Grenoble, 1985*, in *Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication*, 1986, p. 35 ; R. GASSIN, *Rép. Pénal, Dalloz*, V. Vie privée, n° 101.

¹⁵¹² La loyauté interdit à celui qui administre la preuve l'utilisation des artifices ou stratagèmes. La doctrine opposable à l'admission de l'écoute téléphonique considère que même sans provocation, celle-ci est manifestement une ruse, puisqu'elle implique la dissimulation et que l'inculpé, s'il avait su qu'il était surveillé, n'aurait pas tenu les propos qui ont été captés. Ce reproche n'est pertinent que si la police joue un rôle actif, soit en parlant elle-même tout en dissimulant sa qualité, soit en faisant parler l'interlocuteur de la personne mise en examen tout en lui dictant ses propos. Lorsque la police surprend les confidences de manière totalement passive, ce qui semble le cas dans cet arrêt, le principe de loyauté n'est pas méconnu. Cette interception de correspondance présente un double intérêt : l'écoute permet d'une part d'obtenir la preuve de l'infraction pouvant aboutir au démantèlement des réseaux méconnus par la police, puisque toute personne en conversation avec le suspect est entendue. Cette personne peut être complice ou coauteur. Par cette écoute téléphonique, la police peut mettre la main sur tout un réseau qu'elle ne pouvait peut-être pas soupçonner au départ. Si l'écoute téléphonique permet d'obtenir la preuve de l'infraction, elle permet aussi de prévenir d'autres infractions. La personne mise sur écoute peut être amenée à préparer une infraction et donner rendez-vous à ses complices. La police anticipe et procède à leur arrestation juste avant qu'ils se mettent à l'action.

¹⁵¹³ G. DI MARINO, « Le statut des écoutes et enregistrements clandestins en procédure pénale », *Rapport au Ixe Congrès de l'Association française de droit pénal des 28-30 novembre 1985*, n° 215, note 304, p. 46.

¹⁵¹⁴ P. KAYSER, « L'interception des communications par les autorités publiques françaises », in *Mélanges VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 191.

¹⁵¹⁵ B. BOULOC, « Le rôle du juge d'instruction dans la recherche de la vérité », *LPA* 1986, n° 130-9.

¹⁵¹⁶ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, PUAM, 1989, p. 383.

¹⁵¹⁷ Cass. crim., 23 juil. 1985, *Bull. crim.*, n° 275 ; *D.* 1986, J. p. 61, note P. CHAMBON.

redouter, notamment quant aux catégories de personnes susceptibles mises sous écoute judiciaire, quant à la nature des infractions pouvant y donner lieu, et quant à la durée d'exécution de la mesure »¹⁵¹⁸. La Chambre criminelle de la Cour de cassation va rapidement réagir en précisant les conditions strictes d'exécution de l'écoute téléphonique¹⁵¹⁹. Malgré cette volonté de rendre conforme le droit français à la Convention européenne¹⁵²⁰, la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation se révèle insuffisante au regard des exigences de la Convention. « La France se serait trouvée régulièrement condamnée chaque fois qu'un individu déclaré coupable sur la base d'une écoute téléphonique irrégulière aurait eu le courage et la patience de mener à son terme une procédure devant les instances européennes »¹⁵²¹. Ayant pris conscience de ce risque, le législateur n'a pas voulu faire « l'économie d'une loi »¹⁵²².

544.- Depuis lors, la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 régleme¹⁵²³ les écoutes téléphoniques pratiquées par les autorités publiques aussi bien judiciaires qu'administratives prescrites pour prévenir les atteintes à la sûreté de l'Etat¹⁵²⁴. Le juge d'instruction dispose dorénavant d'un véritable fait justificatif de l'immixtion dans l'intimité d'une personne¹⁵²⁵. Les interceptions de communication sont possibles au stade de l'enquête depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

2. L'admission de l'interception dans le cadre de l'enquête

545.- L'interception dans le cadre de l'enquête n'est possible qu'en matière de criminalité organisée, ce qui répond à l'exigence de proportionnalité (a). La Chambre criminelle de la

¹⁵¹⁸ CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, *D.* 1990, J. p. 353, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 1990, I, p. 249, note J. ZDROJEWSKI et C. et L. PETTITI.

¹⁵¹⁹ Cass. crim., 15 mai 1990, *JCP G* 1990, II, 21541 ; Cass. crim., 15 avr. 1991, *JCP G* 1992, II, 21795 ; Cass. crim., 4 sept. 1991, *JCP G* 1992, II, 21802.

¹⁵²⁰ S. JACOPIN, « La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* juin 2006, p. 6 ; J. PRADEL, « Les écoutes téléphoniques judiciaires : un statut en voie de formation », *RFDA* 1991, 83.

¹⁵²¹ H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve ; Aspects actuels en France », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 22.

¹⁵²² R. KOERING-JOULIN, « De l'art de faire l'économie d'une loi », *D.* 1990, chron. 187.

¹⁵²³ P. KAYSER, « La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques », *JCP* 1992, I, 3559 ; J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications », *D.* 1992, chron. p. 49.

¹⁵²⁴ P. KAYSER, « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives », *D.* 1991, chron. 17.

¹⁵²⁵ I. LOLIES, *Protection pénale de la vie privée*, PUAM, 1999, n° 104, p. 96 et ss ; R. VIENNE, « Les écoutes téléphoniques au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LEVASSEUR*, Litec, 1992, p. 263.

Cour de cassation marginalise le juge des libertés et de la détention en restreignant son pouvoir de contrôle (b).

a. La criminalité organisée : l'expression d'exigence de proportionnalité

546.- Jusqu'à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, l'interception de communications téléphoniques était le domaine réservé du juge d'instruction qui ne pouvait être mise en œuvre qu'en cas d'ouverture d'une information. Aux termes de l'article 100, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. La loi confère un certain « monopole »¹⁵²⁶ au juge d'instruction, même s'il faut assimiler à ce juge la chambre de l'instruction¹⁵²⁷, le président de la Cour d'assises¹⁵²⁸ et la juridiction de jugement¹⁵²⁹. Cette disposition vient transposer la jurisprudence qui avait reconnu au seul juge d'instruction le pouvoir d'ordonner une interception judiciaire¹⁵³⁰.

547.- La police judiciaire ne pouvait recourir à ce moyen que sur commission rogatoire. En raison d'exigence de consentement de la personne pour tout acte d'investigation portant atteinte à ses droits, les interceptions ne pouvaient avoir lieu au stade de l'enquête préliminaire¹⁵³¹. La finalité de l'interception judiciaire est de surprendre les confidences de la personne¹⁵³². Il serait inapproprié pour la police judiciaire de demander le consentement de la personne pour écouter sa ligne téléphonique. Dans ce cas, le procédé manquerait de toute efficacité. Il ressort de ces observations que l'exigence de l'autorisation préalable de la personne concernée empêche la mise en œuvre de l'interception au stade de l'enquête préliminaire¹⁵³³. Mais au stade de l'enquête de flagrance, une certaine doctrine a œuvré pour

¹⁵²⁶ J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondance émises par la voie des télécommunications », *D.* 1992, chron. n° 15, p. 54.

¹⁵²⁷ P. KAYSER, « La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques », *JCP* 1992, I, 3559, n° 8, p. 93.

¹⁵²⁸ Article 205 du Code de procédure pénale.

¹⁵²⁹ Article 463 du Code de procédure pénale.

¹⁵³⁰ Cass. Ass. Plén., 24 nov. 1989, *JCP* 1990, II, 21418, concl. E. ROBERT ; *D.* 1990, chron. 15 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, 92, note J.-P. DOUCET.

¹⁵³¹ CH. PARA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, p. 439.

¹⁵³² P. KAYSER, « L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises », *JCP* 1992, I, 3559, n° 5, p. 174.

¹⁵³³ Concernant l'exigence de consentement dans le cadre de l'enquête préliminaire, V. *supra* n° 506 et s.

l'admission de l'écoute judiciaire. Celle-ci serait analogue à la perquisition¹⁵³⁴. Si effectivement la loi autorise la police judiciaire à s'introduire dans le domicile d'une personne en cas d'infraction flagrante, aucune disposition de placer sous écoute n'est prévue, ce qui pose problème au regard des exigences européennes. Un auteur regrette l'absence d'introduction dans les dispositions législatives du procureur de la République au stade de l'enquête¹⁵³⁵. La circulaire d'application du 26 septembre 1991 précise que « sont désormais prohibées les interceptions de correspondance ordonnées par le parquet au cours de l'enquête préliminaire ou de flagrance dont la Cour de cassation avait, dans l'état antérieur du droit positif, solennellement affirmé le caractère illicite ». Si aucune écoute ne pouvait être ordonnée au stade de l'enquête¹⁵³⁶, la police judiciaire pouvait tout de même, au cours de l'enquête, mettre en place un procédé technique qui a pour seul but et résultat, non d'intercepter des conversations téléphoniques mais d'identifier l'auteur d'appels réitérés et injurieux¹⁵³⁷.

548.- Dans le cadre d'une information, la décision d'interception ne peut être prise que pour des infractions présentant un certain degré de gravité. Le principe de proportionnalité constitue un moyen d'atténuer l'atteinte à la vie privée que représente l'interception¹⁵³⁸. D'ailleurs, la jurisprudence avant l'adoption de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 s'était prononcée en ce sens : elle subordonnait la mise en place d'un tel dispositif à l'établissement de la preuve d'un crime ou de toute infraction portant gravement atteinte à l'ordre public.¹⁵³⁹ Il s'est avéré que cette exigence prenait la forme « d'une directive, plutôt que d'une règle »¹⁵⁴⁰ puisque l'appréciation du critère de gravité, décidé arbitrairement par le législateur, dépendait

¹⁵³⁴ J. PRADEL, « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1990, chron. p. 18 ; A. CHAVANNE, *J.-Cl. pén.* art. 187, n° 37 ; P. MIMIN, « La preuve par magnétophone », *JCP* 1957, I, 1370.

¹⁵³⁵ J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications », *D.* 1992, chron. n° 15, p. 54.

¹⁵³⁶ J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} ed., Dalloz, 2011, n° 15, p. 190.

¹⁵³⁷ Cass. crim., 4 janv. 1974, Bull. crim., n° 2 ; *JCP* 1974, II, 17731 ; Cass. crim., 16 janv. 1974, Bull. crim., n° 25.

¹⁵³⁸ P.-J. DOLL, « De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire », *D.* 1965, chron. p. 130.

¹⁵³⁹ Cass. crim., 15 mai 1990, Bull. crim., n° 193 ; *JCP* 1990, II, 21154, note W. JEANDIDIER ; *Dr. pén.* 1990, comm. 238.

¹⁵⁴⁰ P. KAYSER, « La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques », *JCP* 1992, I, 3559, n° 9, p. 93.

des circonstances de l'espèce laissées à l'appréciation du juge d'instruction¹⁵⁴¹. C'est donc pour compléter le critère de gravité que le législateur vient fixer un certain seuil.

549.- Ainsi, l'interception n'est possible en matière criminelle ou délictuelle que si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement¹⁵⁴². A notre avis, ce critère minimal de punissabilité se révèle d'un niveau relativement bas. Les infractions pour lesquelles l'interception judiciaire ne pourrait pas avoir lieu paraissent peu nombreuses. Hormis les infractions d'abandon de famille¹⁵⁴³, accès frauduleux à un système informatique¹⁵⁴⁴, atteinte à l'intimité de la vie privée¹⁵⁴⁵, violation de sépulture¹⁵⁴⁶, une grande partie des infractions sont concernées par l'interception judiciaire. Il est alors évident qu'en raison de l'avantage certain que présente l'interception, le risque de banalisation du procédé n'est pas à écarter. L'instrumentalisation de l'interception peut conduire à l'affaiblissement de son efficacité. Sauf exception, dès lors que toute personne est susceptible de faire l'objet d'interception, la prise de précaution peut être maximale : les personnes peuvent, en s'estimant écoutées, de ne plus converser. Etant donné que les écoutes téléphoniques judiciaires doivent être autorisées qu'en cas d'infractions graves, il serait raisonnable de considérer que l'infraction en question doit encourir une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans. Cette exigence permettrait de canaliser le recours à l'interception ; les infractions pour lesquelles cette mesure serait possible répondraient véritablement à l'exigence de gravité. Si ce critère de gravité semble être adopté par certains pays, d'autres l'écartent, préférant la prédétermination d'infractions en raison de leur nature¹⁵⁴⁷.

550.- Depuis l'adoption de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, la situation a évolué. Les interceptions de communication sont possibles au stade de l'enquête en matière de lutte contre la délinquance et criminalité organisées. En effet, l'article 706-95 du Code de procédure pénale prévoit que dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de flagrance relative à l'une des infractions relevant de la criminalité organisée, le juge des libertés et de la détention peut, à la

¹⁵⁴¹ Cass. crim., 6 nov. 1990, Bull. crim., n° 369 ; Cass. crim., 26 nov. 1990, Bull. crim., n° 401 ; *Dr. pén.* 1991, comm. 333 ; Cass. crim., 19 mars 1991, *Dr. pén.* 1991, comm. 333.

¹⁵⁴² Article 100 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁴³ Article 227-3 du Code pénal.

¹⁵⁴⁴ Article 323-1 du Code pénal.

¹⁵⁴⁵ Article 226-1 du Code pénal.

¹⁵⁴⁶ Article 225-17 du Code pénal.

¹⁵⁴⁷ D. GIANNALOPOULOS et R. PARIZOT, « La preuve technologique des interceptions et surveillances », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale perspectives comparées*, G. GUIDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 251.

requête du procureur de la République, autoriser l'interception de communications téléphoniques. Le critère arrêté est celui de gravité de l'infraction, lequel répond à l'exigence de proportionnalité. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention. Mais la Chambre criminelle restreint ce pouvoir de contrôle.

b. La marginalisation du juge des libertés et de la détention par la Chambre criminelle de la Cour de cassation

551.- lorsque le juge des libertés et de la détention autorise l'interception dans le cadre de l'enquête, il doit être informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis. Le juge des libertés et de la détention doit-il exercer un contrôle immédiat sur le déroulement de l'écoute ou simplement doit-il être informé sans délai par le parquet à l'issue des opérations ? Cette question ne devrait en principe poser aucune difficulté. L'interprétation de l'article 706-95 du Code de procédure conduit à considérer que le contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention doit être immédiat pour vérifier la conformité de l'exécution de l'écoute à ses prévisions. Telle est également la position du Conseil constitutionnel¹⁵⁴⁸. Pourtant, la jurisprudence a adopté une position totalement opposée. Celle-ci indique que l'article 706-95 du Code de procédure pénale n'exige pas que le juge des libertés et de la détention exerce un contrôle immédiat sur les interceptions de correspondance émises par la voie des télécommunications qu'il a autorisées, mais seulement qu'il soit informé sans délai, par le ministère public, à l'issue de ces opérations d'interception, d'enregistrement et de transcription prévues par les articles 100-3 à 100-5¹⁵⁴⁹. Cette solution a fait l'objet de critiques sévères de la part de la doctrine. Cette dernière considère que non seulement la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation se fait « au mépris des règles du code de procédure pénale, expression de la volonté du législateur »¹⁵⁵⁰, mais également conduit à « dépouiller de fait le juge des libertés et de la détention de son pouvoir

¹⁵⁴⁸ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *JO* 10 mars 2004, p. 4637 ; *D.* 2004, Pan. p. 2756, obs. B. DE LAMY, *D.* 2004, Pan. 2005, p. 1125, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO. Le Conseil constitutionnel précise, dans ses considérations 57 et suivantes que si, selon le requérant les interceptions de correspondances à l'initiative du procureur de la République n'offraient pas de garanties suffisantes au regard de l'article 66 de la Constitution, les dispositions critiquées, qui ne s'appliquent que pour la recherche des auteurs des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, doivent être exigées par les besoins de l'enquête et autorisées par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance, à la requête du procureur de la République. Cette autorisation est délivrée pour une durée maximale de quinze jours, qui n'est renouvelable qu'une fois, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention et que demeurent applicables les garanties procédurales requises pour l'utilisation de tels procédés dans le cadre de l'instruction, s'agissant des autres types d'infractions.

¹⁵⁴⁹ Cass. crim., 23 mai 2006, Bull. crim., n° 139 ; *D.* 2006, 3, p. 2836, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* oct. 2006, p. 23 ; *AJ Pén.* 2006, p. 367, obs. C. GIRAULT ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 853, note R. FINIELZ.

¹⁵⁵⁰ J. PRADEL, note sous Cass. crim., 23 mai 2006, *D.* 2006, 3, p. 2838.

de contrôle de l'exécution des interceptions qu'il a autorisées. Lorsqu'il est informé, les carottes sont déjà cuites »¹⁵⁵¹.

552.- La question légitime se pose alors de savoir si cette jurisprudence va « contribuer à accroître les pouvoirs du parquet ou va avoir un effet inverse, conduisant les juges des libertés et de la détention à n'accorder des autorisations, sur le fondement des dispositions de l'article 706-95 du Code de procédure, que de façon parcimonieuse, conscients qu'ils seront du piètre pouvoir de contrôle qui leur reste une fois l'autorisation accordée »¹⁵⁵². Si nous souscrivons à la seconde hypothèse, force est de reconnaître qu'en pratique cette jurisprudence est de nature à accroître les pouvoirs du parquet. Une fois l'autorisation donnée, le ministère public devient le pivot de la procédure dans la mesure où le contrôle susceptible d'être exercé par le juge des libertés et de la détention paraît « quasi inexistant ».

553.- La Chambre criminelle de la Cour de cassation a une nouvelle fois marginalisé le juge des libertés et de la détention. Compte tenu du fait que l'obligation d'informer sans délai le juge des libertés et de la détention, qui est prévue par loi, n'est pas prescrite à peine de nullité, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que le défaut d'information par le procureur de la République n'entraîne la nullité que si l'irrégularité constatée a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne¹⁵⁵³. Il incombe donc à la personne concernée d'apporter la preuve d'atteinte à ses intérêts¹⁵⁵⁴. Il importe que la personne concernée soit titulaire ou non de la ligne écoutée.

3. La titularité de la ligne

554.- Les dispositions des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale s'appliquent dans le cadre de l'interception pratiquée au stade de l'enquête relative à l'une des infractions relevant de la criminalité organisée. Cette loi énonce les garanties accordées aux personnes dont la conversation est écoutée sans distinguer celles qui sont directement visées par les écoutes ordonnées de celles qui sont enregistrées comme tiers. Toute personne écoutée aurait-elle donc la possibilité de contester la régularité de la mesure. Certes, l'article 100 du Code de

¹⁵⁵¹ Note sous Cass. crim., 23 mai 2006, *Dr. pén. oct.* 2006, p. 25.

¹⁵⁵² Note sous Cass. crim., 23 mai 2006, *Dr. pén. oct.* 2006, p. 25.

¹⁵⁵³ Cass. crim., 26 juin 2007, *Bull. crim.*, n° 172 ; *AJ Pén.* 2007, p. 487, obs. S. LAVRIC ; *Rev. sc. crim.* 2008, p. 362, obs. R. FINIELZ.

¹⁵⁵⁴ Sur la question des nullités, V. *supra* n° 226 et s.

procédure exclut tout recours juridictionnel dans la mesure où il précise que la décision d'interception n'est pas juridictionnelle. Cependant, la loi reste silencieuse sur le recours en nullité. Or les textes de procédure pénale « réserve l'action en nullité si l'irrégularité constatée porte atteinte aux intérêts de la partie concernée »¹⁵⁵⁵.

555.- Les écoutes téléphoniques constituant des actes de procédure au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale¹⁵⁵⁶, tout milite donc en faveur d'un droit pour toute personne écoutée de déposer une requête en annulation. Pourtant, le travail jurisprudentiel a pendant longtemps consisté à limiter le domaine des nullités aux seules personnes qui étaient directement visées par les écoutes ordonnées. Cette jurisprudence a fait l'objet d'une évolution spectaculaire.

556.- Il était de règle générale qu'une personne mise en cause est sans qualité pour se prévaloir d'une nullité susceptible d'affecter un acte qui ne la concerne pas directement et personnellement¹⁵⁵⁷. C'est dire que la requête en annulation n'est recevable que dans la mesure où la personne a qualité pour agir. La jurisprudence a fait de cette notion une interprétation restrictive, en exigeant de la personne d'avoir un intérêt direct¹⁵⁵⁸. Ainsi, elle a pu juger « qu'une personne victime d'une écoute téléphonique, mais non titulaire de la ligne surveillée était sans qualité pour invoquer l'irrégularité d'interception de la conversation échangée entre elle et d'autres personnes »¹⁵⁵⁹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que, pour pouvoir bénéficier de la qualité pour agir, la personne mise en cause doit faire l'objet de ce procédé chez elle. Dès lors que les écoutes sont effectuées en dehors de son domicile, elle est irrecevable à agir. Or, une personne mise en cause, à la suite d'interception de conversation qu'elle a pu échanger avec le titulaire d'une ligne téléphonique, a un intérêt prépondérant à agir par rapport au titulaire de la ligne, d'autant plus que ces dispositifs sont mis en place pour la personne mise en cause et non pour le titulaire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation devrait considérer que la personne mise en cause dispose d'un intérêt

¹⁵⁵⁵ S. JACOPIN, « La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* Juin 2006, p. 9.

¹⁵⁵⁶ Cass. crim., 27 févr. 1996, Bull. crim., n° 93 ; *D.* 1996, Jur. p. 346, note GUERY ; *JCP* 1996, II, 22629, note M.-L. RASSAT ; *Gaz. Pal.* 1996, 2, 369, rapp. GUERDER ; *Justices* 1997, n° 5, p. 317, chron. D. REBUT.

¹⁵⁵⁷ Cass. crim., 1 oct. 2003, Bull. crim., n° 177 ; *Gaz. Pal. Rec.* 2004, somm. p. 1378.

¹⁵⁵⁸ J. BUISSON, « Chronique jurisprudence », *Rev. sc. crim.* Juin 2006, p. 414.

¹⁵⁵⁹ Cass. crim., 27 sept. 1993, Bull. crim., n° ; Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n° 10, p. 35 ; Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 190, p. 257 ; *D.* 2000, IR, 205 ; Cass. crim., 15 févr. 2000, Bull. crim., n° 68, p. 184 ; Cass. crim., 14 nov. 2001, Bull. crim., n° 238, p. 766 ; *Gaz. Pal. Rec.* 2002, somm. p. 1657.

fût-il indirect puisque ces procédés la visaient personnellement et non le titulaire de la ligne écoutée.

557.- La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation diverge de celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui, se fondant sur l'exigence d'un contrôle efficace de la nécessité et de la proportionnalité, considère que doit pouvoir en bénéficier toute personne soumise à une ingérence. C'est ainsi qu'elle a condamné la France, estimant que « le raisonnement de la Cour de cassation pouvant conduire à des décisions privant de la protection un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur, ou celles écoutées ailleurs que dans leur propre domicile »¹⁵⁶⁰. La requête en annulation entre dans le droit à un « contrôle efficace » dont doit bénéficier toute personne soumise à un acte coercitif, parce qu'un tel contrôle paraît « voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était nécessaire dans une société démocratique, l'ingérence litigieuse ». Toute personne « victime » d'une écoute téléphonique dispose d'un intérêt à agir. Celui-ci rend recevable la requête en annulation d'une telle mesure même si la ligne en cause est attribuée à un tiers, dès lors que ces écoutes ont entraîné sa mise en cause.

558.- Reste à savoir si la conception d'intérêt indirect à agir, développée par la Cour européenne des droits de l'homme, fonde le droit à la contestation de la transcription d'écoutes téléphoniques provenant d'une procédure à laquelle le mis en cause est « étranger », et intégrée ensuite dans une procédure le concernant directement.

Cette question ne devrait en principe poser aucune difficulté. L'interprétation de la jurisprudence européenne par la généralité des expressions dont elle use, consistant à considérer que toute personne soumise à une ingérence pourra bénéficier d'un intérêt à agir, paraît avoir voulu signifier avec force que les conversations opérées dans un dossier tiers où le mis en cause est étranger, puis importées dans son dossier fonde son intérêt à agir. La contestation des transcriptions de conversations constitue dès lors un droit pour toute personne concernée par ces conversations. Celle-ci est de ce fait recevable à agir pour contester leur régularité. Cette position semble rejoindre celle du droit français. Ce dernier ne distingue pas selon que les écoutes se trouvent dès l'origine dans la procédure concernant

¹⁵⁶⁰ CEDH, 24 août 1998, Lambert c/ France, *D.* 1999, somm. 271, obs. J.-F. RENUCCI ; *Rev. sc. crim.* 1998, 829, obs. L.-E. PETTITI ; *Rev. sc. crim.* 1999, 384, obs. R. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1999, I, 105, chron. F. SUDRE ; *RTD civ.* 1998, 994, note J.-P. MARGUENAUD.

directement le mis en cause ou dans la procédure à laquelle il est étranger. A partir du « moment où les écoutes téléphoniques mettent en cause un individu, peu importe si elles résultent d'informations judiciaires auxquelles la personne n'est pas partie, le contrôle de la régularité doit pouvoir s'effectuer »¹⁵⁶¹. Rien n'autorise le juge à distinguer là où la loi ne le fait pas.

Pourtant, la jurisprudence française avait jusqu'alors considéré que le fait que les écoutes aient été ordonnées par un juge et réalisées sous son contrôle était suffisant pour que soit assuré un contrôle¹⁵⁶². Les écoutes bénéficiaient d'une présomption de régularité : dès lors qu'un contrôle a été effectué, il est inutile d'offrir un second contrôle. L'impossibilité d'exiger un second contrôle nuit au respect du principe de contradictoire¹⁵⁶³. La personne ne connaîtra le contenu de la transcription que lors du jugement, il « est alors bien tard, sinon trop tard »¹⁵⁶⁴. La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle prive d'un droit au recours toute personne « qui n'a pas eu la chance d'être mise en examen dans la procédure à l'occasion de laquelle les écoutes ont été établies »¹⁵⁶⁵. Raison pour laquelle la Cour européenne des droits de l'homme, tout en précisant que « les dispositions de la loi du 10 juillet 1991 relative aux écoutes téléphoniques suivent les exigences de l'article 8 de la Convention et à celle des arrêts *Kruslin* et *Huvig* », affirme néanmoins que « le positionnement de la Cour de cassation pourrait aboutir à des décisions privant de la protection de la loi de 1991 un certain nombre de personnes, dont celles qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur, ce qui entraînerait, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance »¹⁵⁶⁶. La critique formulée par la Cour européenne des droits de l'homme de la jurisprudence française réside dans l'absence d'un contrôle efficace au profit du mis en cause. C'est dans ces conditions qu'à la suite de la condamnation de la France, après une certaine résistance¹⁵⁶⁷, a été mis en place un contrôle effectif dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 7 décembre

¹⁵⁶¹ S. JACOPIN, « La réception par les lois pénales françaises de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* juin 2006, p. 9.

¹⁵⁶² Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 190 ; Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n° 10.

¹⁵⁶³ L. DI RAIMONDO, « Droit du justiciable au contrôle efficace de la régularité des écoutes téléphoniques », *JCP* 2005, II, 10091.

¹⁵⁶⁴ J. PRADEL, « Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg », *D.* 2005, 1755.

¹⁵⁶⁵ J. PRADEL, « Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg », *D.* 2005, 1755.

¹⁵⁶⁶ CEDH, 29 mars 2005, *Mathéon c/ France*, *D.* 2005, Jur. p. 1755, obs. J. PRADEL ; *JCP* G 2005, II, 10091, obs. L. DI RAIMONDO.

¹⁵⁶⁷ Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n° 10.

2005¹⁵⁶⁸. La chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Aix en Provence avait été saisie par un mis en examen concernant le contrôle de la régularité des pièces faisant partie d'une autre instruction et ayant été versées dans l'information suivie contre lui pour infractions à la législation sur les stupéfiants en bande organisée. Suite à un rapport de police faisant état d'un important trafic de stupéfiants, le juge d'instruction de Marseille a fait procéder, sur commission rogatoire, à l'interception téléphonique de conversation de certaines personnes soupçonnées d'appartenir à ce réseau. Ces surveillances ont permis d'identifier une personne comme l'un des participants à ce trafic. Par la suite, ces écoutes ont été versées dans le dossier du mis en examen.

En tenant compte de la jurisprudence européenne, a été rendu un arrêt avant dire droit par la chambre de l'instruction pour pouvoir contrôler ces pièces en ordonnant leur production. Ensuite, par un arrêt du 29 juin 2005, elle a analysé les écoutes dans le dossier d'origine suivant l'analyse classique de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a observé tout d'abord que ces écoutes constituaient une atteinte, une ingérence dans la vie privée des personnes écoutées, et a ensuite vérifié si cette ingérence se justifiait. Elle a constaté que cette ingérence était prévue par la loi, aux articles 100 et suivants du code de procédure pénale. Quant à la contestation de la régularité du procédé, elle a vérifié les conditions des écoutes et a conclu alors à la régularité de la décision ordonnant ces écoutes.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation approuve cet examen de la régularité et estime que l'ingérence a été proportionnée par rapport à la gravité des infractions commises. Pour rejeter le pourvoi, elle énonce qu'aucune disposition légale n'interdit au juge d'instruction chargé de deux informations différentes d'annexer à l'une des procédures des éléments de l'autre afin de contribuer à la manifestation de la vérité. Apparemment, c'est l'adoption de la même position que celle qui était appliquée avant la critique de la Cour européenne des droits de l'homme, mais la jurisprudence française tient cette fois-ci compte de la position de la Cour européenne des droits de l'homme en précisant que cela n'est possible qu'à condition que cette jonction ait un caractère contradictoire et que les documents communiqués puissent être soumis à la discussion des parties. Ainsi, la chambre de l'instruction est tenue de contrôler la régularité au regard des dispositions de droit interne comme de l'article 8 de la Convention européenne, des actes accomplis non seulement dans la procédure dont elle est saisie, mais également dans la procédure distincte. La loi française répond désormais aux

¹⁵⁶⁸ Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim., n° 327 ; *D.* 2006, IR, 253 ; *Rev. sc. crim.* 2006, 343, obs. D.-N. COMMARET.

exigences de la Convention européenne¹⁵⁶⁹. Toute interception de conversation est susceptible de faire l'objet de contestation par toute personne concernée directement ou indirectement¹⁵⁷⁰. Cela semble traduire un renforcement d'un ensemble de droits dont le droit au respect de la vie privée qui commande un encadrement strict des conversations des personnes suspectées ou mises en examen. La police judiciaire est tenue de respecter les différentes étapes de l'interception de conversations téléphoniques.

4. Les différentes étapes de l'interception des communications

559.- Une fois que l'interception est ordonnée, Le magistrat compétent ou l'officier de police judiciaire délégué par lui requiert tout agent qualifié du service des télécommunications de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception¹⁵⁷¹. Celle-ci ne peut être autorisée que pour une durée maximum de quatre mois en cas d'ouverture d'une information et d'un mois dans le cadre de l'enquête. Il s'agit d'une durée maximum : rien n'empêche le magistrat compétent de prévoir une durée plus courte ou de l'écourter lorsqu'il estime disposer des éléments de preuve suffisants¹⁵⁷². La décision d'intercepter les conversations peut être renouvelée une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée dans le cadre de l'enquête. La loi limite la durée maximum de l'interception à deux mois. Alors qu'en cas d'ouverture d'une information, la décision d'intercepter les conversations peut être renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée. Cette décision peut se prolonger indéfiniment sur le fondement de la décision initiale. La situation semble comparable aux législations étrangères¹⁵⁷³.

560.- En l'absence de précision législative, les interceptions de conversations peuvent être pratiquées à l'encontre de toutes personnes susceptibles d'apporter des éléments à l'enquête

¹⁵⁶⁹ D. NOELLE COMMARET, « Chronique jurisprudence », *Rev. sc. crim.* avril/ juin 2006, p. 346.

¹⁵⁷⁰ Cass. crim., 31 janv. 2006, *Gaz. Pal.* 8 août 2006, n° 220, p. 10, note Y. MONNET ; Cass. crim., 1 mars 2006, *D.* 2006, Jur. 1504, note J. PRADEL ; *AJ Pén.* 2006, p. 222, obs. J.-P. CERE ; *Procédures* n° 6, Juin 2006, 142, comm. J. BUISSON.

¹⁵⁷¹ Article 100-3 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁷² A. DECOCQ, J. MONTREUIL et J. BUISSON, *Le droit de la police*, 2^{ème} éd., Litec, 1998, n° 1255 et 1256.

¹⁵⁷³ D. GIANNALOPOULOS et R. PARIZOT, « La preuve technologique des interceptions et surveillances », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale perspectives comparées*, G. GUIDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 263 et 264. En Italie, la durée de l'écoute est de quinze jours mais peut être renouvelée par période successive de quinze jours, donc pour une période indéterminée. C'est également le cas en Angleterre où la durée initiale, lorsque l'écoute est décidée par la police est de cinq jours mais peut être prolongée de trois mois et ce, sans aucune limitation de durée quant au renouvellement.

en cours, notamment le mis en cause et le témoin¹⁵⁷⁴. Certaines personnes bénéficient des garanties, analogues à celles prévues en matière de perquisition, pour protéger le secret professionnel et les droits de la défense¹⁵⁷⁵. C'est notamment le cas pour des avocats, magistrats, députés ou sénateurs où aucune interception ne peut avoir lieu sans l'information préalable d'une tierce personne¹⁵⁷⁶. Cette dernière « n'est informée que de son existence, mais en aucun cas elle n'est invitée à contrôler, ni sa réalisation, ni l'utilisation qui en est faite »¹⁵⁷⁷. L'interception judiciaire est donc autorisée mais conditionnée. Il est par exemple possible d'écarter le principe de confidentialité des correspondances entre un avocat et son client.

561.- Il est une règle que la police judiciaire ne peut en principe ni écouter les conversations ni lire les courriels échangés entre un client et son avocat¹⁵⁷⁸. La jurisprudence avait développé une pratique permettant de saisir les correspondances écrites, échangées entre un client et son avocat, sous condition qu'elles soient de nature à établir la preuve de la participation de ce dernier à une infraction¹⁵⁷⁹. La seule qualité d'avocat n'est pas, malgré l'obligation au secret, de nature à assurer l'impunité d'un mandataire lorsqu'il s'avère recherché pour ses fautes personnelles, quand bien même celles-ci seraient en relation avec les fautes reprochées à certains clients¹⁵⁸⁰. L'avocat peut participer à l'infraction en qualité de complice ou coauteur. Le principe de confidentialité constitue un obstacle à la découverte de la preuve de l'infraction. L'avocat bénéficie alors d'une grande impunité en participant à l'infraction sans pouvoir être inquiété. Que l'avocat « ne puisse s'abriter derrière le secret professionnel quand il commet une infraction est raisonnable. La confidentialité joue pour ce

¹⁵⁷⁴ J. PRADEL, « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondance émises par la voie des télécommunications », *D.* 1992, chron. n° 10, p. 52.

¹⁵⁷⁵ *V. supra* n° 517 et s.

¹⁵⁷⁶ Article 100-7 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁷⁷ *J.-Cl. pén.* Art. 226-13 et 226-14, Fasc. 30 : Révélation d'une information à caractère secret.

¹⁵⁷⁸ L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, modifié par la loi du 11 février 2004 dispose que « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son conseil ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel », et la loi du 12 décembre 2005, dans son article 38 complète l'article 100-5 du Code de procédure pénale par un alinéa édictant qu'« à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense » ; R. MARTIN, « La confidentialité des correspondances entre avocats adverses », *JCP* 1994, I, 3787 ; R. MARTIN, « La confidentialité des correspondances entre avocats après la loi du 7 avril 1997 », *JCP* 1998, I, 108.

¹⁵⁷⁹ Cass. crim., 12 mars 1992, Bull. crim., n° 112 ; Cass. crim., 20 janv. 1993, Bull. crim., n° 29.

¹⁵⁸⁰ Cass. crim., 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235.

qui concerne l'activité professionnelle de l'avocat, mais ne joue que dans ce domaine »¹⁵⁸¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation étend sa jurisprudence ; elle affirme désormais que « le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat, s'oppose à la transcription de ces conversations, sauf s'il est établi que leurs contenus, est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction »¹⁵⁸².

562.- Toute personne mise en cause bénéficie du droit d'être assisté d'un défenseur¹⁵⁸³. La police judiciaire ne peut utiliser un avocat comme intermédiaire censé apporter la preuve de participation de son client à l'infraction. Dès lors que la police judiciaire dispose d'indices établissant la participation de l'avocat à l'infraction, elle peut écarter le principe de confidentialité des correspondances. Cette autorisation n'a pour seul but que de prouver la participation de l'avocat et non du client à l'infraction. La jurisprudence y ajoute que le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction¹⁵⁸⁴.

563.- La position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation est d'une parfaite logique en ce que la preuve de l'infraction contre une personne doit être obtenue sans le concours de son avocat¹⁵⁸⁵. Dans le rapport client/avocat, le client est protégé puisque leur conversation n'est écoutée que pour prouver la participation de l'avocat à l'infraction, sous condition d'avoir des indices. En réalité, le principe de confidentialité reste préservé dès lors que la personne visée est l'avocat et non son client¹⁵⁸⁶. La responsabilité pénale est personnelle¹⁵⁸⁷, l'avocat ne saurait constituer un moyen d'atteindre son client. Il en est de même lorsque la

¹⁵⁸¹ J. PRADEL, « Régularité de la transcription d'écoutes téléphoniques et qualification de témoin assisté », *D.* 2004, p. 671.

¹⁵⁸² Cass. crim., 15 janv. 1997, Bull. crim., n° 14 ; Cass. crim., 8 nov. 2000, Bull. crim., n° 335 ; *Gaz. Pal.* 2001, somm. p. 1369.

¹⁵⁸³ Article 6 (d) de la Convention européenne ; article préliminaire du Code de procédure pénale.

¹⁵⁸⁴ Cass. crim., 1 oct. 2003, Bull. crim., n° 177 ; *AJ Pén.* 2003, p. 64, note J.-F. LUCIANI et D. MIEN ; *D.* 2004, somm. 671, obs. J. PRADEL.

¹⁵⁸⁵ D. MIEN et J.-F. LUCIANI, « Nouvelle entaille dans les droits de la défense : la liberté de communication entre l'avocat et son client remise en cause », *AJ Pén.* 2003, p. 64.

¹⁵⁸⁶ Telle est également la règle en matière de perquisition dans un cabinet d'avocat où la police ne peut saisir que des documents prouvant la participation de l'avocat à l'infraction. Elle ne peut, en aucun cas, saisir des documents concernant son client pour établir la preuve de sa culpabilité : V. *supra* n° 500 et s.

¹⁵⁸⁷ Article 121-1 du Code pénal.

mise sur écoute concerne la ligne d'un proche de la personne mise en examen : le juge ne peut intercepter les communications d'un proche de la personne mise en examen avec l'avocat de celle-ci, qui est aussi l'avocat de ce proche que si l'avocat est auteur ou complice d'une infraction¹⁵⁸⁸.

564.- Concernant les journalistes, des garanties sont prévues pour protéger des sources des journalistes. Le journaliste dispose d'une « option de conscience » dans la révélation de l'origine de ses informations¹⁵⁸⁹. Cette option de conscience est en réalité limitée car la protection des sources des journalistes n'est pas absolue. En effet, il peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi¹⁵⁹⁰. La mise en œuvre de la coercition afin d'identifier la source d'un journaliste est subordonnée à l'exigence de deux principes.

D'une part les actes d'investigation doivent répondre à l'exigence de subsidiarité. Il doit être établi l'échec avéré ou encouru des moyens classiques d'investigation. En d'autres termes, l'acte d'investigation envisagé doit être indispensable à la manifestation de la vérité¹⁵⁹¹. D'autre part l'acte d'investigation doit répondre à l'exigence de proportionnalité. L'infraction poursuivie doit être grave. Le critère arrêté est celui de gravité puisque la circulaire d'application précise que l'exigence de proportionnalité entre l'atteinte au secret des sources et l'infraction poursuivie exclut, par exemple, le recours à des perquisitions ou des interceptions téléphoniques afin de découvrir la source d'un journaliste dans une enquête portant sur des faits de violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, ou de recel de ces délits, mais permet ces mesures dans des procédures portant sur des faits de criminalité organisée ou de terrorisme¹⁵⁹².

565.- Le magistrat compétent ou l'officier de police judiciaire délégué par lui dresse procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement mentionnant la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée. Les

¹⁵⁸⁸ Cass. crim., 18 janv. 2006, Bull. crim., n° 22 ; *D.* 2006, IR, p. 392, obs. C. GIRAULT ; *AJ Pén.* 2006, p. 254, note P. DOURNEAU-JOSETTE ; *AJ Pén.* 2006, p. 304, note P. REMILLEUX ; *Rev. sc. crim.* 2006, 413, obs. J. BUISSON.

¹⁵⁸⁹ Article 109 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁹⁰ Article 2, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881

¹⁵⁹¹ Alinéa 5, de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁵⁹² CRIM-10-2/E8 du 20 janv. 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010.

enregistrements sont placés sous scellés fermés¹⁵⁹³. Il est donc possible de procéder par la voie du bris de scellé à un contrôle ultérieur. En pratique, une copie des enregistrements est remise au magistrat compétent afin d'éviter cette lourde voie du bris de scellé. Le magistrat compétent ou l'officier de police judiciaire délégué par lui ne doit transcrire dans un procès-verbal que les conversations qui sont utiles à la manifestation de la vérité¹⁵⁹⁴. Il est proscrit de transcrire les éléments de vie privée non utiles à la procédure : tout élément de vie privée qui semble dénué d'intérêt pour l'enquête ne peut être versé dans le dossier de la procédure. Toutefois, en cas de découverte des faits étrangers à ceux initialement poursuivis, la police judiciaire est tenu d'informer le magistrat compétent.

5. La validation de l'écoute incidente

566.- La police judiciaire peut découvrir, lors de la mise en œuvre de l'interception, d'autres infractions étrangères à celles initialement poursuivies. L'écoute incidente peut-elle recevoir une réponse ? En cas d'ouverture d'une information, une partie de la doctrine considère que « du fait du lien nécessaire avec une infraction dont se trouve saisi le magistrat nous estimons que l'interception « incidente » est dépourvue de toute légitimité »¹⁵⁹⁵. Cette position « paraît conforme aux termes de l'article 100-1 du Code de procédure pénale qui impose la détermination précise de l'infraction, ce qui implique que ni l'officier de police judiciaire, ni le juge d'instruction ne peuvent se servir des éléments de preuve ainsi obtenus pour étendre leur saisine »¹⁵⁹⁶. Cette solution de bon sens tend à éviter tout détournement de procédure.

En tout état de cause, la saisine *in rem* interdit d'effectuer des actes pour des faits non encore poursuivis ou non encore dénoncés. Les conversations ne concernant pas les faits, objets de la saisine, ne devraient ni être transcrites ni être exploitées. Cette position ne semble pas être partagée par une autre partie de la doctrine. Cette dernière considère que « l'article 100-5 du Code de procédure pénale n'indique pas que le juge d'instruction ne peut que transcrire ou faire retranscrire la correspondance utile à la manifestation de la vérité, sa rédaction est beaucoup plus large ». De ce fait, « l'exploitation de renseignements interceptés incidemment dans le cadre d'une écoute téléphonique apparaît tout à fait régulière, y compris depuis

¹⁵⁹³ Article 100-4 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁹⁴ Article 100-5 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁹⁵ B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 128.

¹⁵⁹⁶ H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996, p. 346.

l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1991 »¹⁵⁹⁷. C'est exactement la position adoptée par la jurisprudence. Avant l'application de la loi du 10 juillet 1991, la jurisprudence affirmait que « rien n'interdit à un officier de police judiciaire délégué de relater, à titre de renseignement et sans les transcrire, des conversations concernant des faits pouvant constituer une infraction dont n'est pas saisi le juge mandant »¹⁵⁹⁸. Elle a réaffirmé cette position depuis l'entrée en vigueur de cette loi puisque dans un arrêt en date du 25 avril 1995, la Chambre criminelle de la Cour de cassation énonce que « le juge d'instruction peut annexer au dossier qu'il est chargé d'instruire, à titre de simples renseignements, des pièces provenant d'une autre procédure, notamment des copies des procès-verbaux transcrivant des écoutes téléphoniques, s'il estime que ces documents sont utiles à sa propre information »¹⁵⁹⁹. Il en résulte que « les enquêteurs ont la possibilité de retranscrire les conversations ne se rattachant pas à la saisine du juge mandant, dès lors qu'elles révèlent l'existence d'autres infractions pour les transmettre au juge mandant et en tout cas au procureur de la République »¹⁶⁰⁰.

567.- L'officier de police judiciaire commis rogatoirement doit prévenir le juge mandant de l'existence d'autres infractions. Il ne peut, sans violer ses obligations découlant des articles 14 alinéa 2, R2 et D34 du Code de procédure pénale, tenir informé le procureur de la République sans attendre que le juge mandant en prenne l'initiative en vertu de l'article 80 du Code de procédure.¹⁶⁰¹ Cette position n'est pas satisfaisante. L'officier de police judiciaire est tenu, en vertu des articles 19 et 40 du Code de procédure pénale, d'informer sans délai le procureur de la République des infractions dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Nous pouvons, de ce fait, considérer que l'information du procureur de la République ne saurait dépendre du seul juge mandant. Bien au contraire, il devrait être précisé qu'une fois qu'il a rendu compte au juge mandant de l'existence d'une infraction, l'officier de police judiciaire devrait immédiatement informer le procureur de la République. Il respecterait ainsi ses obligations non seulement à l'encontre du juge mandant mais aussi à l'encontre du procureur de la République. Dès lors que le pouvoir d'opportunité de poursuites appartient au magistrat du parquet, libre à lui d'apprécier les éléments fournis et décider en toute liberté

¹⁵⁹⁷ G. CLEMENT et J.-PH. VICENTI, « L'écoute incidente, genèse d'une poursuite », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 600.

¹⁵⁹⁸ Cass. crim., 14 janv. 1992, *Bull. crim.*, n° 13 ; V. également Cass. crim., 28 janv. 1992, *Bull. crim.*, n° 34.

¹⁵⁹⁹ Cass. crim., 25 avr. 1995, *Gaz. Pal.* 9 et 10 août 1995, p. 15.

¹⁶⁰⁰ V. LESCLOUS et CL. MARSAT, *Dr. pén.* oct. 1995, n° 46.

¹⁶⁰¹ Bastia, Ch. d'acc., 25 mai 1994, *JCP* 1995, I, 22393, note CH. GUERY.

s'ils justifient l'ouverture d'une information¹⁶⁰². Si c'est le cas, un réquisitoire introductif ou supplétif pourrait être pris sur la base de ce procès-verbal de renseignement qui viendrait se greffer à la procédure, aboutissant éventuellement à la saisine d'un second juge d'instruction.

568.- Dans le cadre de l'enquête relevant de la criminalité organisée, aucune disposition n'interdit expressément toute écoute incidente. Lorsque l'interception révèle des faits étrangers aux faits initialement poursuivis, mais susceptible d'incrimination pénale, l'officier de police judiciaire doit informer sans délai le procureur de la République de ces faits délictueux. Libre à lui d'apprécier la suite à donner à cette information.

Le principe de proportionnalité a accru la surveillance.

§2. La surveillance accrue

569.- Il a toujours été reconnu pour la police judiciaire la possibilité de se cacher pour surveiller certaines personnes et leurs activités. Dès lors qu'elle n'a pas pour finalité de capter ou fixer l'image d'une personne, cette forme « d'espionnage » ne rentre pas dans le cadre de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 modifiée par la loi n° 92-686 du 22 juillet 1992. Cette dernière loi réprime à l'article 226-1 du Code pénal la fixation, l'enregistrement ou la transmission, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. C'est donc l'utilisation d'appareils consistant à capter l'image d'une personne tels que le téléobjectif, l'appareil photo, la caméra qui est incriminée en l'absence d'un fondement légal.

Il est avancé que la procédure probatoire constitue un fait justificatif dans l'utilisation de moyens d'investigation dotés d'une certaine efficacité. La société doit se doter « de moyens de défense soigneusement posés contre des personnes qui, par hypothèse même, n'ont pas à se soucier de la compatibilité des moyens qu'elles emploient avec des principes dont en général elles nient la valeur obligatoire »¹⁶⁰³. Il s'agit simplement de l'application du principe de proportionnalité entre l'infraction commise et les moyens utilisés afin de limiter le risque que représentent ces appareils d'observation pour le respect de l'intimité de la vie privée¹⁶⁰⁴. Le recours à la technique de surveillance est admis (A) mais conditionné (B).

¹⁶⁰² G. CLEMENT et J.-PH. VICENTI, « L'écoute incidente, genèse d'une poursuite », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 604 et 605 ; CH. GUERY, *JCP* 1995, 1, 22393.

¹⁶⁰³ Y. MONET, note sous Cass. crim., 1 mars 2006, *Gaz. Pal.* 26 oct. 2006, n° 299, p. 3.

¹⁶⁰⁴ J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 202.

A. Le recours à la technique de surveillance auditive et visuelle

570.- On est passé d'un recours à la surveillance limitant l'atteinte à l'intimité de la personne (1) à un recours à la surveillance portant une atteinte profonde à l'intimité (2).

1. De la surveillance limitant l'atteinte à l'intimité de la personne

571.- La filature est une technique généralement utilisée notamment par la police judiciaire, les services de renseignements et les détectives privés. Elle consiste à suivre une personne pour connaître ses faits et gestes dans les moindres détails¹⁶⁰⁵. Pour ce faire, l'agent est conduit à se cacher pour observer en toute tranquillité certaines personnes et leurs activités. Le but est de voir sans être repéré. L'atteinte à l'intimité est limitée car elle permet simplement de suivre les déplacements de la personne. A aucun moment la police judiciaire est autorisée à s'introduire dans son domicile.

572.- Si la technique d'observation a toujours existé, le développement de nouvelles technologies en a changé le cadre¹⁶⁰⁶. Avec la généralisation de la vidéo protection¹⁶⁰⁷, la police judiciaire peut user de l'image captée par ce moyen technique pour identifier les auteurs d'infractions¹⁶⁰⁸. Toutefois, une distinction s'impose entre la vidéo protection et les autres modes de preuve à la disposition de la police judiciaire. La vidéo protection est un outil de police administrative censé prévenir le trouble à l'ordre public¹⁶⁰⁹. L'autorité publique recourt à ce moyen pour dissuader des débordements et espère garantir la « sécurité ». La vidéo protection est un mode d'information et est mise à la disposition de la police judiciaire¹⁶¹⁰ contrairement aux autres méthodes de surveillance qui, elles, sont des modes de

¹⁶⁰⁵ I. LOLIES, *Protection pénale de la vie privée*, PUAM, 1999, n° 120, p. 104.

¹⁶⁰⁶ M.-CH. DAUBIGNEY, « Les nouvelles technologies au service de la procédure pénale », *AJ Pén.* nov. 2007, n° 11, p. 460.

¹⁶⁰⁷ L'article 17 de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2) promulguée le 15 mars 2011 remplace le terme « vidéosurveillance » par celui de « vidéoprotection ».

¹⁶⁰⁸ M.-N. MORNET, *La vidéosurveillance et la preuve*, PUAM, 2004, p. 35.

¹⁶⁰⁹ Le décret n° 2012 du 2è janvier 2012 modifiant le décret n° 96-926 du 17 octobre 1996 relatif à la vidéoprotection pris pour l'application des articles 10 et 10-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 et portant application de l'article L. 126-1-1 du Code de la construction et de l'habitation. L'article 10-II de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité dispose que « aux fins d'assurer la protection des bâtiments publics et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des infractions aux règles de la circulation ou la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques ou de vol aux fins d'y assurer la sécurité ».

¹⁶¹⁰ A. DE LAJARTRE, « Fonctions et fictions des "miradors électroniques" publics, la vidéosurveillance dans la loi du 21 janvier 1995 », *JCP* 1996, I, 3955 ; B. BOULOC, « Vidéo-surveillance, Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 1996, n° 2, p. 439.

preuve à la disposition directe. En effet, une fois l'infraction commise, la police judiciaire peut par la suite se servir de la vidéo protection pour constater l'infraction et rechercher son ou ses auteur(s), alors que les autres modes de preuve à la disposition directe de la police judiciaire lui permettent de constater immédiatement l'infraction et d'identifier son ou ses auteur(s).

573.- C'est notamment le cas en matière de circulation routière où le constat d'un excès de vitesse peut s'opérer à l'aide d'un cinémomètre raccordé à un appareil de prise de vue permettant d'identifier les auteurs¹⁶¹¹. La fixation d'images se trouve légitimée par l'impossibilité de caractériser l'infraction d'excès de vitesse par tout autre moyen. En dehors de ces dispositions légales ou réglementaires, toute utilisation d'un appareil permettant l'observation auditive ou visuelle serait illégale dès lors qu'elle a pour objet de capter les paroles ou images d'autrui sans son autorisation¹⁶¹².

574.- D'une manière générale, la police judiciaire peut décider de mettre en place un dispositif de surveillance¹⁶¹³. Cette observation visuelle d'autrui peut s'accompagner d'appareils à condition de ne pas fixer les paroles ou l'image des personnes surveillées. Cette possibilité conduit la Chambre criminelle de la Cour de cassation à considérer qu'une surveillance à l'aide des jumelles faite par des gardes chasse nationaux depuis l'extérieur d'une maison d'un chasseur soupçonné d'infraction à la législation relative à la chasse n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 226-1 du Code pénal. Une telle mesure ne caractérise aucune violation de l'intimité de la vie privée et ne méconnaît aucune règle de procédure pénale¹⁶¹⁴. D'autres techniques de surveillance sont plus attentatoires à l'intimité de la personne.

2. A la surveillance portant une atteinte profonde à l'intimité de la personne

575.- La géolocalisation est plus attentatoire à l'intimité de la personne que les techniques précédemment énoncées. Il s'agit de la surveillance par GPS des déplacements publics d'une personne suspecte. La Cour européenne des droits de l'homme légitime l'installation d'un

¹⁶¹¹ Cass. crim., 7 mai 1996, Bull. crim., n° 189 ; Cass. crim., 12 févr. 1997, Bull. crim., n° 59 ; Cass. crim., 15 nov. 2000, Juris-Data n° 2000-007743.

¹⁶¹² Article 226-1 du Code pénal.

¹⁶¹³ Article 706-80 du Code de procédure pénale.

¹⁶¹⁴ Cass. crim., 23 août 1994, Bull. crim., n° 291 ; *D.* 1994, inf. rap. p. 221.

dispositif de géolocalisation sur le véhicule des suspects afin de suivre et de relever leurs déplacements sous certaines conditions. Elle a ainsi affirmé que la géolocalisation ordonnée dans le cadre d'enquêtes portant sur des infractions très graves (attentats terroristes) correspondait à un besoin social impérieux (intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, prévention des infractions pénales) et était proportionnée au but poursuivi¹⁶¹⁵. Cette jurisprudence est reprise par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui affirme que l'installation d'un GPS sur le véhicule appartenant à des suspects a pour fondement l'article 81 du code de procédure pénale, lequel autorise le juge d'instruction à procéder, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Le fait que cette mesure soit effectuée sous le contrôle d'un juge d'instruction constitue une garantie suffisante contre l'arbitraire. L'exigence de nécessité et de proportionnalité des mesures d'ingérence au droit à la vie privée est également remplie, la surveillance par satellite étant proportionnée au but poursuivi, s'agissant d'un important trafic de stupéfiants en bande organisée portant gravement atteinte à l'ordre public et à la santé publique et nécessaire au sens de l'article 8, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶¹⁶. La surveillance d'un véhicule au moyen d'un GPS n'est réservée qu'à une catégorie particulière d'infractions tels que le terrorisme, le trafic de stupéfiants. L'installation d'un tel dispositif repose sur le critère de gravité, lequel répond à l'exigence de proportionnalité.

576.- C'est également le cas de la sonorisation. Elle consiste à fixer l'image et à capter la parole d'autrui. Comme moyen de recueil de la preuve, la sonorisation est une ingérence dans la vie privée, de ce fait elle doit être prévue par une loi. Jusqu'à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, aucune disposition légale ne prévoyait le recours à un tel procédé. Pour légitimer le recours à la sonorisation, la jurisprudence s'appuyait sur les articles 81, 151 et 152 du Code de procédure pénale pour considérer que le juge d'instruction tient desdits articles le pouvoir de prescrire, en vue de la constatation des infractions, tous actes d'information utiles à la manifestation de la vérité y compris l'enregistrement de conversation privée pourvu que ces mesures soient effectuées sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense¹⁶¹⁷. C'est ainsi qu'elle a pu affirmer la légalité de la sonorisation d'un appartement, en prenant toutefois soin de préciser d'une part que les dispositions relatives aux

¹⁶¹⁵ CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c/ Allemagne*, *Rev. sc. crim.* 2011, p. 217, obs. D. ROETS ; *D.* 2011. 724, obs. S. LAVRIC ; *JCP* 2010, 905, obs. K. GRABARCZYK.

¹⁶¹⁶ Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 11-84.308 ; *D.* Act. 2011, note C. GIRAULT.

¹⁶¹⁷ Cass. crim., 23 nov. 1999, *Bull. crim.*, n° 269. Il s'agissait de l'enregistrement au parloir.

perquisitions ne permettent pas, sans que l'opération ne soit perçue comme un détournement de procédure, d'entrer dans des locaux ou des véhicules à d'autres fins que celles prévues par la loi. En d'autres termes, une perquisition ne peut avoir d'autres fins que la recherche d'objets utiles à la procédure. La police judiciaire ne peut donc simuler une perquisition pour sonoriser un appartement.

577.- D'autre part seul celui qui en est personnellement victime a qualité pour invoquer une violation des règles de procédure, portant atteinte à l'intimité de la vie privée¹⁶¹⁸. Contrairement à la Haute Cour qui s'est prononcée pour la légalité de la sonorisation d'un domicile privé, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les écoutes de conversations par le biais de pose de micros, comme pour les écoutes téléphoniques, constituent une atteinte grave au respect de la vie privée et, par conséquent, nécessitent une loi particulièrement précise. Elle établit finalement que les articles 81, 151 et 152 du Code de procédure pénale ne contiennent pas de dispositions concernant la sonorisation ; que cette lacune n'est pas comblée par la jurisprudence. Elle ajoute aussi que les articles 81, 151 et 152 du Code de procédure ne prévoient pas les conditions qualitatives consacrées par sa jurisprudence¹⁶¹⁹.

578.- Sur la question de la qualité pour agir, la Cour européenne des droits de l'homme censure la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation empêchant une personne d'invoquer l'atteinte au respect de sa vie privée sous prétexte qu'elle n'était pas la propriétaire du domicile sonorisé. Un tel raisonnement viole l'article 8 de la Convention européenne en ce qu'il prive de la protection de la loi toutes les personnes qui sont écoutées ailleurs que dans leur propre domicile¹⁶²⁰. La sonorisation comme moyen d'administration de la preuve constitue une ingérence dans la vie privée, dès lors elle doit être justifiée par une loi claire et précise. Par conséquent, en l'absence d'une disposition législative prévisible, le recours à la sonorisation est contraire aux prescriptions de l'article 226-1 du Code pénal et de celles de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶¹⁸ Cass. crim., 15 févr. 2004, Bull. crim., n° 68 ; *Dr. pén.* 2000, comm. n° 82, note A. MARON ; G. ACCOMANDO et CH. GUERY, « La sonorisation : un mode légal de preuve? », *D.* 2002, p. 2001.

¹⁶¹⁹ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, *RPDP* 2006, p. 137, obs. C. AMBOISE-CASTEROT ; *D.* 2006, p. 764, note D. ROETS ; H. ALACARAZ, « Sonorisation et écoutes téléphoniques : la France se fait « tirer l'oreille »... : à propos des arrêts *Vetter* et *Matheron* de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006, p. 219 et s.

¹⁶²⁰ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, § 26.

579.- L'exigence d'un fondement légal vise également la sonorisation d'un parloir lorsqu'elle a pour finalité d'obtenir la preuve de l'infraction¹⁶²¹. Pourtant la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, sans l'existence d'une disposition législative prévisible, affirmé sa légalité. Selon elle, l'écoute et l'enregistrement des conversations au parloir de la maison d'arrêt d'une personne mise en examen étant soumises de droit à la surveillance du personnel pénitentiaire, ne constitue donc pas, de ce fait, une ingérence dans la vie privée. Ces mesures peuvent en effet être prescrites par le juge d'instruction (articles 81, 151 et 152 C.P.P.) dès lors qu'elles sont effectuées sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense¹⁶²². Cela signifie, pour simplifier, que dans le cadre d'une surveillance pénitentiaire constante, il ne peut être question véritablement de vie privée et donc par là même être question d'ingérence dans cette vie privée.

580.- Telle n'est pas la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière considère que les conversations tenues au parloir peuvent se trouver incluses dans la notion de vie privée au sens de l'article 8 §1 de la Convention européenne, partant, il y a donc ingérence. Celle-ci n'est pas justifiée car aucune disposition autorisant la sonorisation ne figure expressément dans le Code de procédure pénale et la jurisprudence n'a pas pallié la carence du législateur en n'indiquant pas, avec assez de clarté, la possibilité d'ingérence dans la vie privée des détenus ni davantage précisé comment peut s'exercer le pouvoir d'appréciation de ces derniers¹⁶²³. Depuis lors, le législateur a réagi.

581.- La sonorisation se trouve désormais justifiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004¹⁶²⁴. Il ne peut plus alors être reproché à la législation une imprécision, puisque l'ingérence est devenue prévisible¹⁶²⁵. Les détenus ayant conscience de cette possibilité pourraient désormais se montrer plus prudents quand un parloir leur serait accordé, notamment lorsque la procédure

¹⁶²¹ Il est prévu que, pour des raisons de sécurité, les surveillants de l'administration pénitentiaire peuvent écouter des conversations tenues au parloir, sans toutefois faire l'objet d'enregistrement : Articles D. 64, D. 406 et suivants du Code de procédure pénale. Dans ce cas particulier, la sonorisation consiste à enregistrer pour des raisons de sécurité ; elle n'a pas pour finalité d'obtenir la preuve de l'infraction.

¹⁶²² Cass. crim., 17 mars 1992, n° 91-86.808, inédit ; Cass. crim., 12 déc. 2000, Bull. crim., n° 362 ; *D.* 2001, Jur. 1340, note D. MAYER et J.-M. CHASSAING ; *Rev. sc. crim.* 2001, 610, obs. A. GUIDICELLI ; *Dr. pén.* 2001, comm. n° 38, obs. A. MARON.

¹⁶²³ CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse c/ France*, *D.* 2006, Jur. 764, note D. ROETS ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 423, obs. P. PONCELA ; *AJ Pén.* 2006, p. 128, obs. J.-P. CERE.

¹⁶²⁴ E. VERNY, « Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction », *Rev. pénit.* 2004, p. 777 et s.

¹⁶²⁵ Cass. crim., 1 mars 2006, *D.* 2006, Jur. 1504, note J. PRADEL ; *AJ Pén.* 2006, p. 222, obs. J.-P. CERE ; *Gaz. Pal.* 26 oct. 2006, n° 299, p. 3, note Y. MONNET ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 611, obs. J. BUISSON ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 17, p. 199.

serait en cours. Cela n'empêche pas l'autorité compétente, pour rechercher la preuve de l'infraction, de continuer à donner un permis de visite à une personne avec laquelle elle espère que le détenu va s'entretenir et « avouer » sa participation à l'infraction. En raison de la confrontation de deux droits d'un côté la protection de l'intimité des individus et, de l'autre, l'ingérence rendue nécessaire dans la vie privée pour la défense d'un intérêt fondamental dans une société démocratique, les mis en cause et les détenus ne semblent plus avoir un espace d'intimité. La sonorisation change complètement les rapports entre la société et les mis en cause qui font désormais l'objet d'une protection « minimale ». Tous les moindres gestes et endroits sont susceptibles d'être scrutés, ce qui explique que les conditions posées quant au recours à un tel dispositif sont strictement encadrées.

B. Les strictes conditions du recours au dispositif

582.- L'élaboration d'une disposition permettant d'installer un dispositif aux fins de sonoriser ou de filmer l'intérieur d'un lieu ou d'un véhicule est entourée d'un cadre législatif tendant à limiter une utilisation détournée de la technique. La sonorisation doit avoir un objet précis (1). Une fois déterminé, celui-ci permet le déclenchement de la procédure de mise en œuvre (2). Enfin, en raison de l'atteinte manifeste à la vie privée, la transcription se trouve limitée aux seuls éléments utiles à la procédure (3).

1. L'objet du dispositif

583.- Le dispositif mis en place, au sens de l'article 706-96 du Code de procédure pénale, a pour objet :

- soit de capter, fixer, transmettre et enregistrer des paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel dans des lieux ou véhicules privés ou publics,
- soit de capter, fixer, transmettre et enregistrer l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé.

Ces termes de la loi appellent quelques observations : les deux points visés ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, et il est évident, la loi autorisant les deux, que le dispositif mis en place peut permettre de capter, fixer, transmettre et enregistrer à la fois l'image et les paroles des personnes observées. Les paroles, même échangées dans un lieu public revêtant parfois un caractère privé ou confidentiel, il conviendra de ne les écouter qu'en recourant aux règles prévues par la loi. En revanche, la présence d'un individu dans un lieu public étant par nature

susceptible d'être vue par quiconque, il n'y a pas lieu de recourir à un dispositif légal particulier pour en fixer l'image.

584.- Ce dispositif ne peut être mis en œuvre que dans le seul cadre de l'information judiciaire concernant les infractions entrant dans la liste fixée par l'article 706-73 du Code de procédure pénale. Dans la mesure où le législateur a prévu un régime spécifique de sonorisation et a tenu à en limiter le champ d'application, la jurisprudence précitée de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, déjà censurée par la Cour européenne des droits de l'homme aux termes de laquelle la mise en place d'un tel dispositif était possible sur le fondement de l'article 81 du Code de procédure pénale est désormais caduque. D'ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue rappeler cette exigence¹⁶²⁶. Suite à une dénonciation anonyme contre une famille, les gendarmes ouvrent une enquête préliminaire du chef de trafic de véhicules. Aux fins d'identification des propriétaires des véhicules automobiles situés à l'intérieur du domicile, les enquêteurs photographient, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules et les personnes se trouvant dans l'enceinte même de cette propriété privée. La chambre de l'instruction saisie décide l'annulation des photographies des personnes se trouvant à l'intérieur de la propriété aux motifs que constitue une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée le fait pour les enquêteurs d'avoir fixé, à leur insu, les images de certaines personnes se trouvant à l'intérieur de ce lieu privatif ; que cette ingérence n'a pas de base légale ou jurisprudentielle en droit interne dès lors que les gendarmes agissaient en dehors du champ d'application de l'article 706-96 du Code de procédure pénale, dans le cadre d'une enquête préliminaire, sans l'autorisation préalable ni le contrôle d'un juge. Une telle ingérence n'est donc pas justifiée par la loi, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, cette juridiction refuse d'annuler les photographies des allées et venues des véhicules à l'intérieur de la propriété, considérant que ces clichés dont la finalité était de relever l'immatriculation des véhicules et d'identifier les titulaires des cartes grises pour confirmer les soupçons de trafic de voitures ne constitue pas une ingérence injustifiée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les enquêteurs n'ayant pas

¹⁶²⁶ Cass. crim., 21 mars 2007, Bull. crim., n° 89 ; *Procédures* n° 8, août 2007, comm. 201, note J. BUISSON ; *D.* 2007, chron. 1817, obs. CH. CARON ; *D.* 2007, p. 1205, obs. A. DARSONVILLE ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 897, obs. J.-F. RENUCCI ; *Dr. pén.* 2007, comm. 91, obs. A. MARON ; *Rev. sc. crim.* 2007, p. 841, obs. R. FINIELZ ; Cass. crim., 27 mai 2009, Bull. crim., n° 108 ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 595, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2009, Pan. 2241, note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 899, obs. J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2009, n° 114, obs. A. MARON ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 866, obs. R. FINIELZ ; *Dr. pén.* 2010, chron. 1, obs. M. GUERIN ; *Procédures* 2009, n° 284, obs. J. BUISSON.

fixé les images de scènes ressortissant à la vie privée des personnes, qui n'apparaissent pas. La Chambre criminelle de la Cour de cassation censure l'arrêt frappé d'appel au motif que « constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile le fait, pour des enquêteurs, de photographier clandestinement, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée non visible de la voie publique, aux fins d'identifications des titulaires des cartes grises et alors que cette immixtion, opérée en enquête préliminaire, n'est prévue par aucune disposition de procédure pénale ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle implicitement que la loi n'aménage pas la sonorisation ou la vidéo-captation dans le cadre de l'enquête préliminaire dès lors que le lieu en question est invisible de la voie publique. Seul un lieu accessible depuis la voie publique peut donner lieu à la captation des images. La propriété en question, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, était inaccessible aux regards extérieurs. Par conséquent, les conditions de la sonorisation et de la vidéo-captation n'étaient pas remplies. Seules les infractions relevant de la criminalité organisée peuvent donner lieu à la mise en œuvre d'un tel dispositif¹⁶²⁷. Tel n'est pas le cas dans cet arrêt où les gendarmes agissaient dans le cadre d'une enquête préliminaire relative à un trafic de véhicules.

585.- Par ailleurs, si ce dispositif peut être mis en œuvre dans tous les lieux privés ou publics, le législateur a entendu le proscrire totalement dans les domiciles, bureaux et véhicules des personnes « protégées » dans le cadre des dispositions des articles 56-1, 56-2, 56-3 et 100-7 du Code de procédure pénale¹⁶²⁸. Mais qui peut décider la mise en œuvre d'un tel dispositif ?

2. La procédure

586.- Dès lors que l'infraction poursuivie relève de la criminalité organisée, le juge d'instruction peut délivrer, après avis du procureur de la République, une ordonnance motivée autorisant les officiers et agents de police judiciaire commis rogatoirement à mettre en place le dispositif technique¹⁶²⁹. Sous ce regard, la commission rogatoire et l'autorisation se révèlent être deux actes distincts, et une seule commission rogatoire ordonnant la sonorisation

¹⁶²⁷ La sonorisation se limite aux infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 et ne peut par exemple être ordonnée par le juge d'instruction dans une information ouverte du chef de meurtre : Cass. crim., 9 juil. 2008, Bull. crim., n° 170 ; *AJ Pén.* 2008, p. 424, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Dr. pén.* 2009, chron. 1, p. 19, obs. M. GUERIN.

¹⁶²⁸ Il s'agit de personnes tenues au secret : V. *supra* n° 514 et s et 561 et s

¹⁶²⁹ Cass. crim., 13 févr. 2008, Bull. crim., n° 40 ; *Rev. sc. crim.* 2008, p. 661, obs. J. BUISSON ; *AJ Pén.* 2008, 193, obs. S. LAVRIC ; *Rev. sc. crim.* 2008, p. 364, obs. R. FINIELZ ; *Dr. pén.* 2009, chron. 1, obs. M. GUERIN ; *Procédures* 2008, comm. 184, note J. BUISSON.

ne saurait être suffisante. Plus complète que la décision ordonnant la mise en place d'interception des correspondances téléphoniques, l'ordonnance autorisant une sonorisation doit être motivée. Toutefois, le législateur ne précise pas quels sont les éléments susceptibles de fonder cette décision. Mais au vu du caractère particulièrement attentatoire aux libertés individuelles de cette mesure, l'ordonnance devrait notamment faire référence aux preuves que l'utilisation de cette technique devrait permettre d'obtenir, comme le fait de filmer un lieu d'entrepôt de marchandises ou de sonoriser un lieu de rendez-vous entre mis en cause. Si les réquisitions du ministère public devraient reposer sur les éléments similaires, il reviendra au juge d'instruction de délivrer une commission rogatoire aux enquêteurs chargés de mettre en place le dispositif à laquelle sera jointe une copie de l'ordonnance les y autorisant.

587.- L'ordonnance d'autorisation et la commission rogatoire devront l'une et l'autre comporter tous les éléments permettant d'identifier les véhicules ou les lieux privés ou publics visés, l'infraction sur laquelle portent les investigations et la durée de la mesure¹⁶³⁰. La mesure ne peut être ordonnée que pour une période de quatre mois renouvelable dans les mêmes conditions de fond et de forme¹⁶³¹. Après avoir exigé que la durée soit expressément mentionnée dans l'ordonnance, et pas seulement dans la commission rogatoire¹⁶³², la jurisprudence estime désormais que la durée des opérations doit être mentionnée dans la décision prise par le juge d'instruction¹⁶³³. Le renouvellement peut être ordonné autant de fois qu'il apparaît nécessaire, et le juge d'instruction peut bien évidemment décider, dans le cadre de son pouvoir de contrôle, de mettre un terme à la mesure à tout moment.

588.- Pour mettre en place le dispositif, le juge d'instruction peut autoriser les officiers ou les agents de police judiciaire à s'introduire, sans le consentement du propriétaire, possesseur, occupant ou titulaire de bail, dans tous les lieux privés ou publics, y compris lorsqu'il ne s'agit pas de locaux d'habitation, en dehors des heures prévues à l'article 59 du Code de procédure pénale. Lorsqu'il apparaît nécessaire que l'introduction dans un lieu d'habitation doit être effectuée en dehors des heures légales, l'autorisation est alors délivrée par le juge des

¹⁶³⁰ Article 706-97 du Code de procédure pénale.

¹⁶³¹ Article 706-98 du Code de procédure pénale.

¹⁶³² Cass. crim., 27 févr. 2008, Bull. crim., n° 53 ; *Rev. sc. crim.* 2008, p. 659, obs. J. BUISSON ; *D.* 2008, AJ 991 ; *AJ Pén.* 2008, p. 284, obs. J. LEBLOIS-HARPE ; *Dr. pén.* 2008, comm. 76, obs. A. MARON et HAAS ; *Procédures* 2008, comm. 156, obs. J. BUISSON ; *Dr. pén.* 2009, chron. 1, p. 19, obs. M. GUERIN.

¹⁶³³ Cass. crim., 13 nov. 2008, Bull. crim., n° 230 ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 408, obs. R. FINIELZ ; *Dr. pén.* 2009, n° 43, obs. A. MARON et HAAS ; *Procédures* 2009, n° 64, obs. J. BUISSON.

libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction¹⁶³⁴. L'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui ne sera relative qu'à la seule introduction dans le lieu d'habitation en dehors des heures légales devra être communiquée aux enquêteurs avec l'ordonnance et la commission rogatoire du juge d'instruction ordonnant la mise en place du dispositif. Les opérations ainsi ordonnées, qui ne peuvent avoir d'autres fins que la mise en place du dispositif conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, sont effectuées sous le contrôle du juge d'instruction, qui peut, pour veiller aux conditions de leur mise en œuvre, se transporter sur les lieux ainsi qu'il peut le faire dans le cadre de toute exécution de commission rogatoire.

589.- Le législateur n'a, sauf exception¹⁶³⁵, pas prévu de modalités spécifiques quant aux opérations de maintenance du dispositif mis en place ou de récupération des données enregistrées. Hors les cas où la maintenance ou le recueil des données enregistrées peut être expressément prévu dans la commission rogatoire ou opéré lors d'une perquisition conduite selon la procédure classique, effectuée par exemple à la suite de l'interpellation des personnes au domicile ou dans le véhicule desquels il a été mis en place par exemple, le parallélisme de formes impose que la même procédure soit suivie. Dès lors, s'il est nécessaire que l'opération de maintenance ou de récupération des données enregistrées soit effectuée de façon discrète, il conviendrait que le juge d'instruction délivre une nouvelle ordonnance autorisant l'entrée dans les lieux, et le cas échéant, cette autorisation devrait être doublée de celle délivrée par le juge des libertés et de la détention si cette entrée doit être faite dans un domicile hors des heures légales¹⁶³⁶. Ces ordonnances pourraient alors être motivées par les impératifs de discrétion. Des procès-verbaux de chacune des opérations de mise en œuvre et de contrôle du bon fonctionnement du dispositif doivent être dressés par les officiers de police judiciaire.

¹⁶³⁴ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé que la sonorisation de parking d'un immeuble d'habitation, s'il constitue un lieu privé, n'est pas un lieu d'habitation au sens de l'article 706-96 du code de procédure pénale ; dès lors, l'intervention du juge des libertés et de la détention n'est donc pas requise pour autoriser la police à y pénétrer : Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 11-84.308 ; *D. Act.* 2011, note C. GIRAULT.

¹⁶³⁵ L'article 39 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 autorise la désinstallation du dispositif technique ayant été mise en place sans aucune précision.

¹⁶³⁶ Toutefois, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser que l'ordonnance et la commission rogatoire par lesquelles le juge d'instruction prescrit la mise en place du dispositif de captation et le placement sous scellés des enregistrements incluent l'autorisation donnée à la police de pénétrer dans les lieux aux seuls fins de contrôler le fonctionnement du système et de recueillir les données, chaque fois qu'il est nécessaire : Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 11-84.308 ; *D. Act.* 2011, note C. GIRAULT.

590.- Il est permis de se demander si le dispositif, en autorisant la saisie incidente¹⁶³⁷, n'encourage pas de détournements de procédure. Dès lors que la procédure ouverte est régulière en cas de découverte d'infractions incidentes, le risque de la mise en œuvre d'un tel dispositif motivé par d'autres infractions ne relevant pas de la criminalité organisée ne saurait être écarté. Dans ce cas, le critère de proportionnalité de l'ingérence dans la vie privée au but légitime recherché ne serait pas respecté¹⁶³⁸. En somme, le juge d'instruction peut, pour procéder à l'installation du dispositif, requérir tout agent qualifié d'un service, d'une unité placée sous l'autorité ou la tutelle du ministre de l'intérieur ou de la défense¹⁶³⁹. Ce dispositif a pour unique fonction de transcrire des éléments utiles à la procédure.

3. La transcription des éléments utiles à la procédure

591.- Les dispositions relatives à la transcription des éléments intéressant la procédure et à la destruction des enregistrements reprennent celles en vigueur pour les écoutes téléphoniques. Ainsi, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui dresse un procès-verbal de chacune des opérations de mise en place du dispositif technique et des opérations de captation, de fixation et d'enregistrement sonore et audiovisuel mentionnant les heures de début et de fin de chacune d'elles. Enfin, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui ne doit décrire ou transcrire dans un procès-verbal que les images ou les conversations qui apparaissent utiles à la manifestation de la vérité¹⁶⁴⁰. Le Conseil constitutionnel a insisté sur ce point en rappelant que « les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne peuvent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure »¹⁶⁴¹. Cette précision du Conseil constitutionnel doit toutefois être lue comme proscrivant la retranscription des éléments de vie privée non utiles à la procédure, mais non comme une obligation de canceller ces derniers des enregistrements avant le terme de la procédure judiciaire. En effet, une telle cancellation pourrait s'avérer préjudiciable aux investigations dans la mesure où une scène de la vie privée qui peut sembler dénuée d'intérêt pour l'enquête à un certain moment, peut apparaître au contraire décisive ultérieurement. La présence d'une personne à son domicile peut, par exemple, constituer un alibi pour des faits se

¹⁶³⁷ Dernier alinéa de l'article 706-96 du Code de procédure pénale. Cette autorisation est également prévue en matière d'interception des conversations téléphoniques : V. *supra* n° 549 et s.

¹⁶³⁸ H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 439.

¹⁶³⁹ Article 706-99 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁴⁰ Article 706-101 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁴¹ Cons. const. 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *JO* 10 mars 2004, p. 4637.

déroulant ailleurs pendant le même moment mais dont les enquêteurs n'auront connaissance que par la suite.

592.- Par ailleurs, les disques supportant ces enregistrements sont placés sous scellés fermés. Il apparaîtrait toutefois opportun qu'à l'instar de ce qui est fréquemment pratiqué pour les écoutes téléphoniques, il soit créé une copie des enregistrements qui, elle, ne sera pas placée sous scellés. Celle-ci, remise au juge d'instruction, lui permettrait de consulter directement les enregistrements, voire de les laisser consulter par les avocats des mis en cause si ceux-ci envisagent de faire des contestations afin de leur permettre d'en vérifier le bien fondé sans qu'il soit nécessaire de procéder par la voie plus lourde du bris de scellé en présence des mis en cause.

593.- L'évolution de la criminalité aboutit finalement à adapter les techniques de recueil de preuves. La gravité et la complexité constituent les critères de la proportionnalité. En s'engouffrant dans les illégalités, la proportionnalité pallie le déficit de légalité. Un acte d'investigation portant gravement atteinte aux droits de la personne n'est légitime que s'il répond à l'exigence de proportionnalité. Cela signifie qu'un acte d'investigation portant une atteinte profonde à l'intimité de la personne ne peut être mis en œuvre que si l'infraction poursuivie est d'une particulière gravité et/ou complexité. Sans oublier que l'acte d'investigation doit respecter les droits de la défense. Ceux-ci apparaissent davantage comme une limite à la proportionnalité et non comme une exigence de la proportionnalité. Par ailleurs, la proportionnalité a permis d'accentuer des contrôles.

§3. Les contrôles accentués

594.- Certains actes d'investigation peuvent être mis en œuvre pour collecter des informations sur l'infraction poursuivie. Compte tenu de l'atteinte aux droits et aux libertés de la personne, le déclenchement de ces opérations dépendent de certaines conditions. Celles-ci sont moins restrictives lorsque l'infraction poursuivie répond à l'exigence de proportionnalité. C'est le cas des mesures coercitives préventives et répressives (A) et de la garde à vue (B).

A. Les mesures coercitives préventives et répressives

595.- La combinaison de la prévention des infractions et de la recherche des personnes impliquées tend à justifier certaines opérations. Lorsque l'infraction répond à l'exigence de

proportionnalité, un cadre juridique plus favorable est prévu pour les mesures de contrôles d'identité (1) et de visites de véhicule (2).

1. Les contrôles d'identités

596.- La police judiciaire peut demander à toute personne se trouvant sur le territoire de justifier de son identité¹⁶⁴². L'identité d'une personne constitue un élément nécessaire à la progression des investigations, et le contrôle d'identité est un outil pour la police judiciaire de retrouver une personne susceptible d'être impliquée. En droit commun, cette mesure n'est envisageable qu'à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe « une ou plusieurs raisons plausibles »¹⁶⁴³. Cette exigence ne s'impose plus lorsque la mesure est ordonnée par le procureur de la République.

597.- Issu de la loi n° 93-992 du 10 août 1993, l'alinéa 2 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale énonce que « sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise que l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminée par ce magistrat ». A l'inverse du contrôle d'identité de « droit commun », exigeant l'existence de la raison plausible de nature à faire présumer la participation à l'infraction, le contrôle d'identité de l'article 78-2, alinéa 2 du Code de procédure pénale fait disparaître cette exigence en raison de la recherche et la poursuite des infractions déterminées¹⁶⁴⁴. La proportionnalité est implicite car les infractions pour lesquelles le procureur de la République prescrit une telle opération sont d'une particulière gravité comme le proxénétisme ou le trafic de stupéfiants¹⁶⁴⁵.

598.- Ce contrôle d'identité permet à la police judiciaire de se dispenser de la raison plausible afin de faciliter la recherche à la fois de la preuve et des personnes impliquées. Cette constatation rend trompeuse la distinction entre la prévention et la répression en raison de la

¹⁶⁴² L'article 78-1 du Code de procédure pénale dispose que « toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants ».

¹⁶⁴³ Article 78-2 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁴⁴ Cass. civ. 2^e, 19 févr. 2004, Bull. Civ. II, n° 70 ; *D.* 2004, IR, p. 677 ; *AJ Pén.* 2004, p. 160 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 56, obs. A. MARON.

¹⁶⁴⁵ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 522, p. 433.

nature mixte de ce contrôle d'identité¹⁶⁴⁶. S'il ne peut être mis en œuvre que sur réquisition du procureur de la République, sa finalité résulte de la police administrative. En effet, la particularité d'un tel contrôle repose sur la prédétermination de lieu et de temps, ce qui empêche la police judiciaire de mettre en œuvre une telle mesure pour justifier des contrôles se déroulant en dehors des lieux et du temps préalablement prévus. Une telle obligation est d'ailleurs rappelée par la circulaire du ministère de la justice en date du 19 août 1993, selon laquelle les réquisitions du parquetier doivent préciser le périmètre dans lequel la police judiciaire va intervenir et il apparaît souhaitable que les contrôles n'excèdent pas, au plus, une demi-journée. Toutefois, si la structure de ce nouveau dispositif semble résider dans la recherche et la poursuite d'infractions dans un lieu déterminé, force est néanmoins de constater que ce contrôle se déroule la plupart du temps sans qu'il y ait préalablement d'infractions. Il apparaît davantage comme un outil de prévention d'infractions que de poursuite des auteurs d'infractions. Pourtant, il a été institué comme un contrôle de police judiciaire, mais dans la pratique, sa mise en œuvre s'apparente à un contrôle de police administrative à but préventif. En réalité, ce type de contrôle « présente une nature hybride puisqu'il est mis en œuvre sur réquisition de l'autorité judiciaire mais dans un but préventif »¹⁶⁴⁷.

599.- Il est permis de constater la validation de toute procédure incidente à travers l'affirmation légale selon laquelle « le fait que ce contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ». Lorsque la police judiciaire découvre, au cours de l'opération de contrôle d'identité, d'autres infractions que celles mentionnées dans les réquisitions du procureur de la République, l'opération engagée ne peut être remise en cause dès lors que, dès le départ, les conditions de son déclenchement sont remplies¹⁶⁴⁸. Quel est alors l'intérêt d'exiger que les réquisitions du procureur de la République déterminent les infractions recherchées si, finalement, d'autres infractions non prévues sont susceptibles d'être poursuivies ?

¹⁶⁴⁶ D. MAYER, « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse » *D.* 1993, chron. p. 273.

¹⁶⁴⁷ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 187, p. 192.

¹⁶⁴⁸ Cass. civ. 2^e, 19 févr. 2004, Bull. civ. II, n° 70 ; *D.* 2004, IR, p. 677 ; *AJ Pén.* 2004, p. 160 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 56, obs. A. MARON.

Il semble que cette exigence de détermination d'infractions n'a été imposée que de façon à éviter la censure de la part du Conseil constitutionnel. Le risque est alors de faciliter des détournements de procédure. Sous prétexte de rechercher les infractions prévues dans les réquisitions du procureur de la République, la police judiciaire pourrait être tentée de poursuivre d'autres infractions non prévues. Certes, la police judiciaire reçoit pour mission de contrôler l'identité de toute personne pour établir l'existence de certaines infractions. Ce contrôle d'identité peut aboutir à la découverte d'autres infractions exclues des réquisitions. L'officier de police judiciaire est tenu, en vertu des articles 19 et 40 du Code de procédure pénale, d'informer sans délai le procureur de la République des infractions dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Il serait difficile pour la police judiciaire de fermer les yeux, et ce même en l'absence d'indications du magistrat du parquet.

600.- Ce dispositif n'est pas sans rappeler celui prévu en matière de lutte contre la conduite sous l'empire d'un état alcoolique¹⁶⁴⁹. Comme pour le contrôle d'identité, la police judiciaire se trouve dispensée d'indice comme condition préalable au dépistage. Elle choisit au « hasard » tout véhicule circulant afin d'établir la preuve de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique. Il s'agit d'une opération surprise dont le but est avant tout la détection des conducteurs susceptibles de conduire sous l'emprise de l'alcool. Nul doute que cette opération apparaît d'une grande efficacité dans l'établissement de la preuve des infractions occultes. Un dispositif similaire est prévu en matière de visite des véhicules.

2. Les visites de véhicules

601.- Issu de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et complété par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, par la loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 et la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006, l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale prévoit que « sur réquisition du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite des actes de terrorisme visés par les articles 421-1 à 421-6 du Code pénal, des infractions en matière d'armes et d'explosifs visées par les articles L. 2339-8, L. 2339-9 et L. 2353-4 du Code de la défense, des infractions de vol visées par les articles 311-3 à 311-11 du Code pénal, de recel visées par les articles 321-1 et 321-2 du même code ou des faits de trafic de stupéfiant visés par les articles 222-34 à 222-38 dudit code ». Le législateur transpose en matière de visite de véhicules, le dispositif existant en matière de contrôle d'identité et détermine les infractions pour lesquelles l'opération est

¹⁶⁴⁹ Article L. 234-9 du Code de la route.

possible. Ce dispositif répond à l'exigence de proportionnalité car les infractions sont d'une particulière gravité. La police judiciaire ne peut mettre en œuvre cette opération que dans des lieux et de temps déterminés par le magistrat du parquet. Il importe que les véhicules en circulation ne puissent être immobilisés que le temps strictement nécessaire au déroulement de l'opération qui doit avoir lieu en présence du conducteur. Lorsque la visite porte sur un véhicule à l'arrêt ou en stationnement, elle doit se dérouler en présence du conducteur ou du propriétaire du véhicule ou, à défaut, d'une personne requise à cet effet par l'officier ou l'agent de police judiciaire et qui ne relève pas de son autorité administrative. Enfin, la procédure incidente est légalement validée.

602.- En théorie, le magistrat du parquet décide et la police judiciaire exécute. En pratique, il n'est pas tout à fait exact. C'est la police judiciaire qui constate des infractions dans un périmètre bien déterminé et demande au procureur de la République la mise en œuvre de l'opération qui, le plus souvent, accepte. Les dispositions relatives aux visites de véhicules sont favorables à la police judiciaire, tout comme les dispositions dérogatoires relatives à la garde à vue.

B. La garde à vue dérogatoire

603.- Lorsque l'infraction poursuivie répond à l'exigence de proportionnalité, la durée de la garde à vue peut être allongée (1) et l'assistance de l'avocat peut être repoussée (2).

1. L'allongement de la durée de la garde à vue

604.- L'article 63, II du Code de procédure pénale précise que la personne gardée à vue ne peut être retenue plus de 24 heures. Cette durée peut être renouvelée une fois, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République que si l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an et si la prolongation de la mesure est le seul moyen de parvenir à l'un des objectifs mentionnés à l'article 62-2 du Code de procédure pénale. En droit commun, la durée de la garde à vue ne peut donc excéder 48 heures et la prolongation doit répondre à l'exigence de proportionnalité. En effet, seules les infractions punies d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an sont susceptibles de justifier une mesure de garde à vue. Ce seuil extrêmement bas n'a que peu d'impact sur la procédure car la quasi-totalité d'infractions est concernée par la mesure de la garde à vue.

605.- Lorsque l'infraction relève de la criminalité organisée, l'article 706-88 du Code de procédure pénale prévoit que la garde à vue peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de 24 heures. Lorsque l'infraction répond véritablement à l'exigence de proportionnalité, ce qui est le cas de la criminalité organisée, la durée maximale de la garde à vue peut être portée à 96 heures. Deux prolongations de 24 heures sont encore possibles en matière de terrorisme¹⁶⁵⁰, portant la durée de la garde à vue à 144 heures s'il ressort, selon l'article 706-88-1 du Code de procédure pénale, des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement. L'allongement de la durée de la garde à vue est justifié par la nature des infractions poursuivies. Celles-ci sont d'une particulière gravité, ce qui répond véritablement à l'exigence de proportionnalité. Celle-ci implique, dans la mise en œuvre de la mesure, des garanties pour la personne.

606.- La prolongation de la garde à vue est subordonnée à l'autorisation d'un magistrat. Dans le cadre de l'enquête, le juge des libertés et de la détention peut, à la requête du procureur de la République, autoriser les prolongations supplémentaires. Dans le cadre d'une information, la prolongation relève de la compétence du juge d'instruction. Préalablement à l'autorisation qui doit être écrite et motivée, la personne gardée à vue doit être présentée, selon le cadre juridique, soit devant le juge des libertés et de la détention, soit devant le juge d'instruction qui statue sur la prolongation. A titre exceptionnel, la seconde prolongation peut être autorisée « sans présentation préalable de la personne en raison des nécessités des investigations en cours ou à effectuer ». Précisons que « si la durée prévisible des investigations restant à réaliser à l'issue des premières 48 heures de garde à vue le justifie, le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction peuvent décider selon les modalités prévues au deuxième alinéa, que la garde à vue fera l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de 48 heures ». Dans ce cas, la personne gardée à vue doit nécessairement être présentée au magistrat. En outre, lorsque la première prolongation est autorisée, la personne gardée à vue est « examiné par un médecin désigné par le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien en garde à vue. La personne gardée à vue bénéficie d'un ensemble de droits, comme le droit à l'assistance d'un avocat.

¹⁶⁵⁰ PH. CHRESTIA, « La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme : premières observations », *AJ Pén.* 2006, p. 1409.

2. Le report de la présence de l'avocat

607.- La personne placée en garde à vue bénéficie d'un ensemble de droits qui lui sont, sauf circonstances exceptionnelles, immédiatement notifiés¹⁶⁵¹. Elle peut demander l'assistance d'un avocat. Celle-ci comprend le droit à un entretien, dès le début de la garde à vue, avec un avocat pendant 30 minutes maximum. Ce droit peut être renouvelé, à la demande de la personne gardée à vue, lors de la prolongation de la garde à vue. Cet entretien est confidentiel¹⁶⁵². La personne gardée à vue peut exiger que l'avocat soit présent à toutes les auditions et confrontations¹⁶⁵³. Cependant, la présence de l'avocat lors des auditions et confrontations peut être reportée de douze heures si « cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes ». Ce report est autorisé, sur demande de l'officier de police judiciaire, par le procureur de la République par une décision écrite et motivée. Au cours du débat parlementaire, le seul exemple donné a été celui d'une personne soupçonnée d'enlèvement, et dont les déclarations doivent être immédiatement recueillies pour tenter de retrouver en vie la victime¹⁶⁵⁴.

Un report de la présence de l'avocat de vingt quatre heures maximum peut être autorisé par le juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République, lorsque l'infraction poursuivie est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans. Apparaît déjà, en droit commun, l'exigence de proportionnalité. L'infraction doit être suffisamment grave et seul un magistrat du siège peut autoriser un si long report. En droit commun, le report du droit à l'assistance d'un avocat se limite à la présence de l'avocat lors des auditions et confrontation.

608.- En revanche, lorsque l'infraction poursuivie relève de la criminalité organisée, le report du droit à l'assistance de l'avocat concerne le droit à l'entretien et l'exigence de la présence de l'avocat à toutes les auditions et confrontations¹⁶⁵⁵. En effet, l'article 706-88 du Code de

¹⁶⁵¹ Article 63-1 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁵² Article 63-4 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁵³ Article 63-4-2 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁵⁴ Cet exemple est rappelé par la circulaire du 15 avril 2011 relative aux droits de la personne gardée à vue suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011, point n° II.2.2.1.2.1. (NOR : JUSD1110661C, BOMJL n° 2011-04 du 29 avril 2011).

¹⁶⁵⁵ Toutefois, lorsque la personne gardée à vue pour une infraction relevant de la criminalité organisée est un mineur, l'article 4-VII de l'ordonnance du 2 février 1945 limite le report de l'assistance de l'avocat aux

procédure pénale prévoit un report de l'assistance de l'avocat de quarante-huit heures en « considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes ». Le report peut atteindre soixante-douze heures¹⁶⁵⁶ si l'infraction est un crime d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée ou de terrorisme. Les infractions visées sont particulièrement graves, ce qui répond à l'exigence de proportionnalité. Ce qui implique l'intervention d'un magistrat pour autoriser le report. Dans le cadre de l'enquête, la décision d'autoriser le report de l'assistance de l'avocat jusqu'à vingt quatre heures est prise par le procureur de la République, d'office ou à la demande de l'officier de police judiciaire. Dans le cadre d'une information, la décision est prise par le juge d'instruction. Au-delà de vingt quatre heures, la décision de reporter l'assistance de l'avocat est prise par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République.

CONCLUSION CHAPITRE I

609.- L'introduction de la proportionnalité comme complément de la légalité apparaît comme un moyen de renforcer les nécessités probatoires. La facilitation de l'obtention de la preuve est subordonnée à l'exigence de deux critères clairement identifiés. D'une part la recherche de la preuve se trouve facilitée par la gravité de l'infraction. En effet, plus l'infraction est considérée comme grave, plus la police judiciaire dispose de moyens importants dans la recherche de la preuve. Tel est aussi le cas, d'autre part, de la complexité de l'infraction. Celle-ci se caractérise par les difficultés rencontrées par la police judiciaire dans la recherche de la preuve. La proportionnalité conditionne donc la mise en oeuvre d'actes d'investigation portant une atteinte significative aux droits de la personne : ils doivent être proportionnés à la gravité ou à la complexité de l'infraction. Sans oublier que les garanties accordées à la personne se trouvent renforcées. Le magistrat a un rôle clef dans l'effectivité de la mesure. Il est titulaire d'un pouvoir de contrôle renforcé : *a priori* lorsqu'il s'agit d'autoriser l'acte d'investigation, *a posteriori* lorsqu'il s'agit de contrôler la régularité de l'acte d'investigation.

interrogations et à la consultation des procès-verbaux. Le mineur garde toujours la possibilité de demander un entretien de trente minutes avec un avocat

¹⁶⁵⁶ Cass. crim., 24 juin 2009, *AJ Pén.* 2009, p. 143, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

Lorsque l'infraction poursuivie ne répond pas à l'exigence de proportionnalité, les actes d'investigation portant une atteinte profonde aux droits de la personne ne peuvent en principe être mis en œuvre. Or, il est possible de mettre en œuvre certains actes d'investigation portant atteinte aux droits de la personne sans que l'infraction soit considérée comme grave ou complexe. En raison de la métamorphose de la proportionnalité, la frontière entre la procédure de droit commun et la procédure dérogatoire devient de plus en plus délicate à tracer.

CHAPITRE II : LA METAMORPHOSE DE LA PROPORTIONNALITE

610.- Le principe de proportionnalité est institué pour renforcer les moyens d'investigation de la police judiciaire. Ce renforcement a sans doute conduit à multiplier des procédures dérogatoires. Initialement, ces procédures ne peuvent s'appliquer que sous conditions précédemment énoncées. C'est l'idée que l'atteinte aux libertés individuelles doit, dès lors que la technique paraît utile à la procédure probatoire, demeurer proportionnelle à la gravité ou à la complexité de l'infraction. En l'absence de ces exigences, le principe de proportionnalité, à travers les procédures dites d'exception, ne peut recevoir application. Or, il est à noter une application « généralisée » du principe de proportionnalité. Les infractions qui ne remplissent pas les conditions initialement exigées se voient appliquer des règles procédurales dérogatoires au droit commun. Se pose alors la question de l'utilité du maintien de la procédure de droit commun dès lors qu'un nombre de plus en plus important d'infractions sont soumises à une procédure spéciale facilitant l'obtention de la preuve et diminuant la protection des libertés individuelles. La recherche de la preuve par la police judiciaire semblerait peu à peu être gouvernée par le principe de proportionnalité, se substituant au principe de la légalité. Cette situation aboutit à la normalisation de l'exception (Section II). La proportionnalité prend une place de plus en plus importante dans les règles de recherche de la preuve. Les critères de gravité et de complexité tendent peu à peu à s'effacer au profit d'autres supports (Section I).

SECTION I : LES SUPPORTS DE LA METAMORPHOSE

611.- En dépit des dispositions éparses, la preuve scientifique manque d'une véritable organisation au sein des règles de recherche de la preuve. Elle ne fait pas l'objet d'une reconnaissance en tant qu'élément de preuve. Cette omission législative n'a pas pour autant freiné le développement de la preuve scientifique. Cette dernière est à l'heure actuelle nécessaire à la résolution des enquêtes. Située au « sommet d'une hiérarchie probatoire » en raison de sa fiabilité, la preuve scientifique traduit avec force l'une des métamorphoses de la recherche de la preuve (§1). Il est apparu essentiel de développer une politique proactive de gestion de risques infractionnels. La nécessaire rapidité dans l'identification des personnes s'est traduite par le fichage (§2).

§1. La preuve scientifique

612.- Il y a quelques années, le témoignage et l'aveu étaient déterminants pour emporter la conviction du juge. La culture de l'aveu prédominait dans la procédure¹⁶⁵⁷. La preuve matérielle était donc délaissée au profit de la parole humaine, et ce malgré la suppression du système de la preuve légale. Il était possible d'innocenter ou de condamner une personne sur une simple parole¹⁶⁵⁸. En raison de leur faillibilité, ces éléments de preuve, s'ils restent encore très présents dans la procédure ne constituent aujourd'hui que de simples indices.

613.- Le savoir scientifique est devenu indispensable au juge pour mener à bien sa quête de la vérité¹⁶⁵⁹. C'est depuis une vingtaine d'années que l'expertise (analyses ADN, prélèvements, expertises portant sur les indices, expertises portant sur la personnalité) est devenue un élément incontournable de l'enquête pénale par l'intérêt des résultats obtenus et par l'ampleur du domaine dans lequel elle peut être mise en œuvre¹⁶⁶⁰. En particulier, les constatations matérielles sur les lieux de l'infraction ont une importance considérable et les traces sont analysées de manière performante. La preuve scientifique semble désormais acquérir une

¹⁶⁵⁷ T. LEVY, *Justice sans dieu*, Paris, O. Jacob, 2000, p. 100.

¹⁶⁵⁸ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Paris, 1964, p. 131.

¹⁶⁵⁹ J. PRADEL, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en matière pénale*, Xème colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, PUF, 1976, p. 68.

¹⁶⁶⁰ Y. ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, PUAM, 2004, n° 36, p. 39 et s.

force de conviction incomparable. Elle apparaît aux yeux de certains comme « la nouvelle ordalie du droit positif contemporain »¹⁶⁶¹ (A) relativisant la liberté corporelle (B).

A. L'aveu corporel

614.- Les rapports entre le droit et la science sont anciens¹⁶⁶². Le corps humain a toujours intéressé la communauté scientifique et juridique¹⁶⁶³. La première application de cette relation résulte de la recherche des critères d'identification des criminels. L'affirmation selon laquelle la constitution physique prédispose au crime aboutit à la conception du criminel né¹⁶⁶⁴. Le crime s'expliquerait par des facteurs biologiques en particulier par des multiples anomalies. Ainsi, l'étude anthropométrique est l'outil indispensable dans la détection des délinquants. C'est dans ce contexte qu'un français, Alphonse Bertillon, crée à la fin du XIX^{ème} siècle un système anthropométrique reposant sur la collecte auprès des délinquants de mesures de la tête, de pieds, des oreilles, de couleurs des yeux et des cheveux. Considéré à l'époque comme « l'invention la plus intelligente que le siècle ait jamais produite dans le domaine de la criminologie »¹⁶⁶⁵, le « Bertillonage » va constituer un moyen d'identification de récidivistes¹⁶⁶⁶. S'il perdure encore aujourd'hui, le système a peu à peu laissé la place à d'autres techniques scientifiques plus simples (1). Celles-ci tendent à fortifier la preuve scientifique dans l'enquête pénale (2).

1. La scientificité des techniques

615.- Depuis qu'il est établi que le corps peut permettre de confondre un individu, la science et le droit vont s'entendre pour améliorer les techniques existantes. Mais toutes les méthodes scientifiques d'établissement de la preuve de l'infraction ne sont pas prises en compte par le droit. Ainsi, les méthodes consistant à contraindre un individu à dire ou à se rappeler d'une quelconque vérité sont rejetées en raison du manque de sérieux qu'elles présentent¹⁶⁶⁷. Le

¹⁶⁶¹ C. AMBOISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 23.

¹⁶⁶² C. PUIGELIER, « Science et droit : réflexions sur un malentendu », *JCP N* 30 juil. 2004, n° 31, p.1386 ; « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2003, p. 2781 ; J.-R., *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002 ; P. MORIN, Le DOUARIN et C. PUIGELIER, « Science et raison du droit : opposition ou complémentarité ? », *JCP N* 2004, n° 21-22, p. 887.

¹⁶⁶³ V. KLOTCHKOV, « Progrès scientifique et technique et sciences juridiques », in *Mélanges BOUZAT*, Pedone, 1980, p. 44.

¹⁶⁶⁴ C. LOMBROSO, *L'homme criminel. Etude anthropologique et psychiatrique*, Felix Alcan Editeur, 1887.

¹⁶⁶⁵ R. MERLE, « Le corps humain, la justice et les experts », *JCP G* 1995, I, 1219.

¹⁶⁶⁶ G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, 9^{ème} éd., t. 2, éd. Rousseau, Paris, 1949, p. 119 et 1042.

¹⁶⁶⁷ Notamment l'hypnose et la narco-analyse.

critère d'acceptation par le droit des techniques scientifiques repose donc sur la fiabilité. Il est établi que les techniques d'identification par empreintes (a) et les vérifications médicales (b) répondent à cette exigence.

a. L'identification par empreintes

616.- La méthode d'identification par empreinte digitale n'est rien d'autre que l'amélioration du système anthropométrique. Il n'est dorénavant plus nécessaire d'avoir connaissance des mesures morphologiques pour identifier des individus. La seule présence sur la scène de l'infraction des empreintes digitales et palmaires peut suffire à identifier une personne présente sur les lieux¹⁶⁶⁸. Les empreintes digitales sont des dessins épidermiques se situant sur la face palmaire de l'extrémité des doigts¹⁶⁶⁹. Elles sont présentes chez tous les êtres humains, mais chacun possède ses propres caractéristiques¹⁶⁷⁰. C'est cette unicité de la mesure ou plutôt son pouvoir discriminant qui rend possible cette identification.

617.- Découverte en 1985 par le docteur ALEC JEFFREYS, l'identification par empreinte génétique participe de cette transformation de l'obtention de la preuve. Elle consiste dans la mise en évidence du polymorphisme de l'acide désoxyribonucléique (ADN) en raison de l'unicité biologique des êtres humains. Cette recherche peut s'effectuer à partir de n'importe quelle cellule au départ suffisamment abondante, à savoir du sang, du sperme, de la salive ou un fragment de tissus ou organes. Depuis son amélioration en 1986 par KARY B. MULLIS, des faibles quantités de cellules suffisent à identifier un profil ADN. Très vite, la plupart des pays en particulier le Royaume-Uni et les Etats-Unis acceptent son utilisation¹⁶⁷¹, et les résultats ne tardent pas à venir. Deux ans après sa mise en œuvre, la police britannique arrête en 1987 l'assassin d'une jeune fille mineure, trahi par ses empreintes génétiques¹⁶⁷².

De son côté la France restait spectatrice et ne prévoyait aucune législation en la matière¹⁶⁷³ contrairement aux autres pays. Les juges se fondaient sur les dispositions générales du Code de procédure pénale relatives à l'expertise pour identifier un individu par les empreintes

¹⁶⁶⁸ V. FLEURY, « Les empreintes digitales », in *Pour la science*, juillet/ septembre 2004, p. 95.

¹⁶⁶⁹ C. DIAZ, *La police technique et scientifique*, PUF, 2005, p. 69.

¹⁶⁷⁰ M. SCHWENDENER, « Signalement et identification », *Rép. pén. Dalloz*, 2010.

¹⁶⁷¹ P. J.-P. TAK et G.-A. VAN EIKEMA HOMMES, « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 678.

¹⁶⁷² F.-B. HUYGHE, *ADN et enquêtes criminelles*, PUF, 2008, p. 3.

¹⁶⁷³ M. DELMAS-MARTY, *Commission justice pénale et droits de l'homme, Rapports sur la mise en état des affaires pénales*, La Doc. fra., 1991, p. 91.

génétiques. C'est finalement la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui introduit cette technique dans le cadre du procès civil et pénal. Toutefois, ni le Code pénal ni le Code de procédure pénale ne comportaient à l'époque de dispositions relatives à son utilisation. Pour sa réalisation, la police devrait (et dans une moindre mesure doit toujours) se référer au Code civil à son article 16-11. Il résulte de cet article que « l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instructions diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique ». Il est rare que les dispositions concernant les moyens d'investigation pénale se trouvent inscrites dans les textes à vocation civile. Le principe d'interprétation stricte des textes pénaux¹⁶⁷⁴ ne peut recevoir application ; le juge pénal se trouve dès lors libre dans l'interprétation de ce texte, ceci est d'autant vrai que les dispositions de cet article paraissent peu prévisibles¹⁶⁷⁵.

Il est donc établi que l'identification par empreinte génétique est possible dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction. La police judiciaire se trouve en mesure de déclencher une telle méthode en cas de flagrance¹⁶⁷⁶ ou d'enquête préliminaire lorsque l'urgence le justifie et sur réquisition ou autorisation du procureur de la République¹⁶⁷⁷, mais aussi en cas de commission rogatoire du juge d'instruction¹⁶⁷⁸.

618.- La méthode d'identification par empreintes repose sur une étude comparative¹⁶⁷⁹ : des sillons de l'épiderme quant à l'identification par empreinte digitale et les cellules du corps c'est-à-dire de la salive, du sang, du sperme quant à l'identification par empreinte génétique. C'est l'idée fondamentale que chaque individu possède des caractéristiques propres¹⁶⁸⁰. Cette comparaison n'est possible que si l'auteur de l'infraction a laissé ses empreintes sur la scène de l'infraction ou sur la victime, et que de son côté la police judiciaire détient des éléments de même nature.

619.- Dès lors, la scène de l'infraction occupe une place très importante. L'objectif de la police judiciaire est de relever des empreintes sur celle-ci, à défaut ou au surplus sur la

¹⁶⁷⁴ Article 111-4 du Code pénal.

¹⁶⁷⁵ A. GIUDICELLI, « Chronique procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 607.

¹⁶⁷⁶ Article 60 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁷⁷ Article 77-1 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁷⁸ E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, n° 170 et s, p. 176 et s ; M. BONNIEU, « Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire », *RPDP* 2000, p. 212.

¹⁶⁷⁹ Il est comparé les éléments du corps d'une personne et ceux collectés sur la scène de l'infraction.

¹⁶⁸⁰ La technique de l'empreinte génétique est justifiée par le principe de l'unicité biologique de tout individu.

victime. Il peut arriver qu'au moment de la commission de l'infraction, la victime ait à un moment donné été en contact avec l'auteur de l'infraction. Cet accrochage peut à lui seul suffire à obtenir les empreintes de l'auteur. Ainsi, la personne soupçonnée de lien avec l'infraction va subir un prélèvement des empreintes¹⁶⁸¹. En cas de concordance, la personne sera tenue de justifier sa présence sur le lieu de l'infraction. En principe, il ne peut être établi sa culpabilité sur le fondement de ce seul indice. La police judiciaire doit pouvoir le compléter par d'autres éléments tangibles. En effet, il est possible que juste avant son agression, la victime ait été en contact avec une personne de son entourage sans aucun lien avec l'infraction commise. La scène de l'infraction peut alors être polluée par une multitude d'empreintes. Pour éviter ainsi une orientation erronée des investigations, il apparaît nécessaire de procéder par élimination. La police judiciaire serait amenée à prélever les empreintes des proches de la victime et les comparer avec celles retrouvées sur la scène de l'infraction ou sur la victime. En cas de concordance, la police judiciaire serait en mesure de supprimer de sa liste des suspects, les empreintes des proches sous réserve qu'aucun autre élément matériel troublant ne les implique dans l'affaire. Une fois l'opération d'élimination terminée, il est alors possible de conserver dans le fichier les seules empreintes dont l'identité de la personne demeure encore inconnue. Ce n'est que lors de l'arrestation de la personne par la police judiciaire que ses empreintes peuvent être comparées avec celles présentes dans le fichier¹⁶⁸². En cas de résultat positif, la personne devra justifier la présence de ses empreintes sur le lieu de l'infraction.

620.- Il est à préciser que la simple coïncidence d'empreintes ne saurait être accueillie comme la preuve de la culpabilité sous peine d'erreur judiciaire. Mais de forts soupçons sont alors générés sur une personne. Les investigations vont être orientées de telle sorte que la police judiciaire pourrait être tentée de tout mettre en œuvre pour établir sa culpabilité. Il va demeurer aux yeux de la police judiciaire comme le suspect « numéro un ». Pour transformer le soupçon en une implication, d'autres éléments matériels paraissent nécessaires. Et ces éléments vont permettre de conclure à la participation ou non de la personne à l'acte infractionnel.

¹⁶⁸¹ Articles 55-1, 76-2, 154-1 du Code de procédure pénale.

¹⁶⁸² La prise d'empreinte n'est pas obligatoire mais son refus est sanctionné.

621.- L'identification par empreintes ne permet donc pas d'établir la culpabilité d'une personne¹⁶⁸³, mais simplement la présence de celle-ci sur le lieu de l'infraction. Mais il ne fait aucun doute que l'identification par empreintes constitue un outil de facilitation des investigations. Il est vraisemblable que lors d'une enquête policière, la simple empreinte à la disposition de la police judiciaire peut suffire à confondre l'individu. Celui-ci est conduit, lors de l'audition, à avouer sa participation. En définitive, l'identification par empreintes permet désormais de reconnaître qu'il n'existe pas d'infraction « parfaite », puisque tout indice récolté par les enquêteurs sera exploité et permettra d'établir au moins la présence sur la scène de l'infraction. Cette technique n'est possible qu'en raison de l'utilisation du corps comme outil d'investigation. Ce « témoin muet »¹⁶⁸⁴ est aussi utilisé en matière de vérifications médicales.

b. Les vérifications médicales

622.- Il est licite d'utiliser le corps pour vérifier médicalement le dépistage de l'imprégnation alcoolique et de stupéfiants (I) ainsi que la détection de maladies sexuellement transmissibles (II).

1. Le dépistage de l'état alcoolique et de stupéfiants

623.- La conduite sous l'empire de l'état alcoolique constitue une infraction¹⁶⁸⁵. Il incombe à la police judiciaire d'établir la preuve de ladite infraction. Sans l'usage du corps de la personne, la réalité de l'infraction ne peut être prouvée. C'est pourquoi la loi autorise la vérification, d'un côté, lorsque le dépistage effectué par le biais d'un appareil « éthylomètre »¹⁶⁸⁶ se révèle positif et, d'un autre côté, lorsque le conducteur se trouvant en état d'ivresse refuse de procéder aux vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique. Cette vérification autorise un prélèvement sanguin permettant de calculer le taux d'alcool dans le sang. Si celui-ci dépasse les limites légalement autorisées, la personne encourt des sanctions¹⁶⁸⁷. Une fois encore, la preuve est obtenue à raison de l'utilisation du

¹⁶⁸³ C. DIAZ, *La police technique et scientifique*, PUF, 2005, p. 71 ; F. BELLIVIER, « Infractions sexuelles et empreintes génétiques, à propos du décret et l'arrêté du 18 mai 2000 », *RTD civ.* 2000, p. 648.

¹⁶⁸⁴ W. P. J. POMPE, « La preuve en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1961, p. 269.

¹⁶⁸⁵ L'article L. 234-1 du Code de la route dispose que « même en l'absence de tout signe d'ivresse manifeste, le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 gramme par litre ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,4 milligramme par litre est puni de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

¹⁶⁸⁶ Article L. 234-9 du Code de la route.

¹⁶⁸⁷ P. CHEVALIER, « De l'alcoolémie à la déchéance », *D.* 1970, chron. p. 1.

corps humain. Cette infraction ne peut être établie par d'autres moyens que de « faire parler » le corps. Sans doute, sans celui-ci, la police judiciaire ne serait pas en mesure de caractériser avec certitude la réalité de cette infraction.

624.- L'infraction poursuivie ne répond pas au critère de proportionnalité. Pourtant, l'acte d'investigation utilisé porte atteinte à l'intimité de la personne. On est en présence d'une proportionnalité implicite¹⁶⁸⁸. Le législateur ne peut laisser sans contrôle, au nom du principe de l'inviolabilité du corps, la conduite sous l'empire de l'état alcoolique qui apparaît au fil du temps comme l'une des principales causes d'accident mortel sur la route¹⁶⁸⁹. Si donc l'inviolabilité du corps protège contre des atteintes injustifiées, la lutte contre l'insécurité routière poursuit l'objectif de protection des personnes. La confrontation entre ces deux objectifs à finalité similaire conduit à faire prévaloir la seconde sur la première. Dès lors qu'il s'agit d'épargner de nombreuses vies et d'éviter des accidents graves dus à la conduite sous l'empire de l'état alcoolique, l'atteinte à l'intégrité physique paraît « proportionnée au but recherché ». Il est évident que la décision consistant à ne pas prélever du sang dans le corps au motif que cela constitue une atteinte à l'inviolabilité du corps est susceptible d'entraîner de graves conséquences. La décision consistant à déclarer la lutte contre *la violence routière* comme cause nationale n'a fait que renforcer le sentiment d'agir dans « l'intérêt de tous ». Cela se traduit par le fait que la police judiciaire effectue de plus en plus de contrôles¹⁶⁹⁰. Elle se place sur la route et contrôle l'état des occupants en premier lieu du conducteur. En cas de résultat positif, le véhicule est immobilisé ; des sanctions sont prononcées et les personnes sont priées de rentrer à pied. Tel est aussi le cas du dépistage de stupéfiants.

625.- L'article 60 bis du Code des douanes autorise les agents des douanes en présence d'indices sérieux leur laissant présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, à la soumettre à des examens médicaux de dépistage. Cette personne communément appelée « la mule » introduit, pour échapper à la vigilance policière, une grande quantité de produits stupéfiants dans son corps. Cette introduction peut attenter à sa vie en cas d'explosion ou de défectuosité de la protection. Pour éviter des examens médicaux de dépistage, la police judiciaire offre à la personne la possibilité de reconnaître être

¹⁶⁸⁸ L'intérêt protégé est l'atteinte au corps.

¹⁶⁸⁹ Selon le site de la sécurité routière, l'alcool est la 1^{ère} cause de mortalité sur les routes. Il est responsable d'un accident mortel sur 3. En 2011, l'alcool a causé la mort de 1150 personnes.

¹⁶⁹⁰ Notamment sur le fondement des articles L. 234-1 et L. 234-5 du Code de la route et article L. 3354-1 du Code de la santé publique.

en infraction relative à la législation sur les produits stupéfiants. Si elle avoue, l'objectif serait d'attendre que la personne rejette les boules contenant de la drogue pour engager des poursuites. La police judiciaire peut aussi introduire certains produits sans risque pour la santé dans l'organisme. Ce n'est que lorsque l'audition n'aboutit pas, à savoir la police judiciaire convaincue de la dissimulation de produits stupéfiants, de son côté la personne nie avoir une quelconque marchandise, que la personne concernée est conduite dans la salle médicale pour subir des examens, notamment le scanner et l'obligation d'uriner afin de la prélever pour effectuer des examens poussés qui serviront à établir la présence ou non de produits stupéfiants dans son corps. La finalité de cette technique consiste à établir la preuve de la dissimulation de produits stupéfiants. Si l'examen est positif, la personne sera mise en garde en vue et présentée à un magistrat pour être poursuivie pour importation de produits stupéfiants¹⁶⁹¹. Il apparaît nettement que la preuve de l'infraction de dissimulation de produits stupéfiants dans l'organisme ne peut s'établir par d'autres moyens que l'usage du corps¹⁶⁹².

626.- Par ailleurs, les officiers ou agents de police judiciaire sont autorisés à procéder, lors d'un accident, aux opérations de dépistage de stupéfiants ou/et de l'imprégnation alcoolique sur le conducteur¹⁶⁹³. Ce dernier sera tenu de subir des examens cliniques, d'analyses biologiques. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé que l'usage de stupéfiants ne peut être prouvé que par analyse sanguine. Le fait pour la personne de reconnaître d'avoir fumé un « joint » préalablement à la conduite de son véhicule ne constitue pas une reconnaissance de culpabilité¹⁶⁹⁴. Si le conducteur est à l'origine de l'accident, la recherche à des fins probatoires de l'état de conduite sous l'empire de stupéfiants ou/ et de l'état alcoolique est nécessairement effectuée en vue d'établir une circonstance aggravante. Une fois de plus, le corps est mis au service des investigations. Il semble répondre aux multiples atteintes.

627.- Il existe un débat en matière de conduite sous l'influence de stupéfiants. L'infraction se constitue sans seuil. Or, il est scientifiquement établi que les stupéfiants restent longtemps dans le sang¹⁶⁹⁵. A titre d'exemple, le cannabis peut être retrouvé pendant 24 heures dans le

¹⁶⁹¹ Article 222-36 du Code pénal.

¹⁶⁹² F. BESACIER, « Trafic de stupéfiants : une approche scientifique », *AJ Pén.* 2006, p. 251 ; H.

VLAMYNCK, « Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes », *AJ Pén.* 2004, p. 187.

¹⁶⁹³ Articles L. 235-1 et L. 234-4 à L. 234-9 du Code de la route.

¹⁶⁹⁴ Cass. crim., 15 févr. 2012, n° 11-84607.

¹⁶⁹⁵ E. PIRE, « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, p. 771.

sang et les amphétamines dont les ecstasy sont détectables pendant quatre jours dans le sang¹⁶⁹⁶. L'influence que peuvent exercer ces substances sur la conduite de la personne disparaît bien avant ce long délai. Il n'existe aucun instrument pour la personne de vérifier, avant de conduire, si toutes les traces de stupéfiants ont disparu dans l'organisme. Le test sanguin peut s'avérer positif sans pour autant que la présence de stupéfiants dans l'organisme n'affecte son comportement¹⁶⁹⁷. La datation de la consommation devrait alors être prise en compte dans la caractérisation de l'infraction de conduite sous l'influence de stupéfiants¹⁶⁹⁸. Il est pourtant frappant de constater que l'infraction est constituée indépendamment de la datation de la consommation¹⁶⁹⁹. Un auteur note que « ce n'est donc pas la conduite sous l'influence de stupéfiants qui se trouve prohibée mais bel et bien la conduite après usage de stupéfiants »¹⁷⁰⁰. Cette sévérité se justifie par le fait que la consommation de stupéfiants constitue une infraction indépendamment de la conduite d'un véhicule¹⁷⁰¹. La datation de la consommation de stupéfiants ne peut alors être prise en compte qu'en cas de dépénalisation de la consommation de stupéfiants.

En raison de l'intérêt protégé, la dignité humaine ne se trouve pas compromise mais protégée. Le corps apparaît comme le dernier recours d'établir avec quasi certitude la réalité d'un fait ou d'un acte, ce qui explique son utilisation dans la détection de maladies sexuellement transmissibles.

II. La détection de maladies sexuellement transmissibles

628.- L'usage du corps dans la détection de maladies sexuellement transmissibles n'est pas destiné à obtenir la preuve de l'infraction mais à protéger la victime¹⁷⁰². Depuis l'adoption de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, la victime se voit reconnaître le droit de connaître l'état de santé de la personne soupçonnée. Ce droit n'est pour autant pas général : il ne concerne que la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle qui, à cet égard, doit subir un examen médical et une prise de sang afin de déterminer si elle n'est pas atteinte d'une maladie

¹⁶⁹⁶ J.-R. DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, n° 238, p. 125.

¹⁶⁹⁷ E. PIRE, « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, p. 771.

¹⁶⁹⁸ J.-R. DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, n° 238, p. 124.

¹⁶⁹⁹ La jurisprudence semble appliquer strictement la loi : Cour d'appel de Lyon, 23 juin 2005, cité par J.-R. DEMARCHI, in *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, n° 238, p. 124.

¹⁷⁰⁰ J.-P. CERE, « Conduite sous influence (Alcool – Stupéfiants) », *Rép. pén. Dalloz* 2005, n° 45.

¹⁷⁰¹ Article 222-37 du Code pénal.

¹⁷⁰² G. FRANCOIS, *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et droit pénal*, Thèse, Paris I, 2004, n° 488, p. 587.

sexuellement transmissible¹⁷⁰³. Il s'agit de vérifier si la victime n'encourt pas un éventuel risque de contamination. L'utilisation du corps trouve sa légitimité dans le droit à la santé de la victime, un droit à valeur constitutionnelle¹⁷⁰⁴. La démonstration de la réalité de l'état de santé du mis en cause sert à prévoir des mesures efficaces susceptibles d'aider la victime.

629.- Ce droit reconnu à la victime lui permet de jouer un rôle important dans la mise en œuvre de cette mesure. Contrairement à l'identification par empreintes, la détection peut être effectuée à la demande de la victime voire lorsque son intérêt le justifie en particulier sa protection¹⁷⁰⁵. Plus encore, cette mesure paraît s'effectuer d'office : la police judiciaire qui a reçu de la loi le droit de procéder à cette opération dès l'enquête ou sur commission rogatoire serait tentée de l'appliquer chaque fois qu'une personne s'estimerait victime d'atteinte à son intimité sexuelle. La police judiciaire pourrait subir, en raison du non respect du principe de précaution, d'éventuelles poursuites si, par la suite, la victime apprend bien plus tard qu'elle est contaminée alors qu'elle aurait pu l'apprendre dès l'enquête. En d'autres termes, la détection rapide de son infection lui aurait permis d'être soignée rapidement si la police judiciaire avait décidé de procéder à cette opération. Pour éviter un quelconque reproche, la police judiciaire n'aurait d'autre choix que de déclencher de façon systématique la mesure.

630.- Les considérations de santé publique justifient que la cible privilégiée soit la personne mise en cause et non pas le condamné. La réalisation de l'opération sur des condamnés se révèle trop tardive pour protéger la victime. Dans ce contexte, le droit à la santé se verrait affaibli au profit de l'inviolabilité du corps humain. Considérant que le suspect reste innocent jusqu'à la preuve du contraire et que seule la condamnation aboutit à renverser cette présomption, par là même à justifier l'atteinte à l'inviolabilité du corps, la victime bénéficierait d'une protection minimale. Dans la perspective d'une condamnation pour atteinte à l'intimité sexuelle, la connaissance d'une infection par une maladie sexuellement transmissible ne servirait plus à protéger la victime, mais à des fins probatoires. Elle constituerait au moins une circonstance aggravante de l'atteinte à l'intimité. Or, le but premier de cette disposition est de faire prévaloir la santé publique sur toute autre considération

¹⁷⁰³ Article 706-47-2 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁰⁴ Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

¹⁷⁰⁵ Article 706-47-2, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

notamment celle de la preuve de l'infraction. La certitude avec laquelle le corps permet d'établir la réalité d'un fait¹⁷⁰⁶ conduit à fortifier la preuve scientifique dans la chaîne pénale.

2. La fortification de la preuve scientifique dans la chaîne pénale

631.- Depuis son introduction dans procédure, la preuve scientifique a acquis une valeur probante certaine. Elle est devenue un outil de consolidation de la conviction. En effet, l'appel aux techniques scientifiques permet d'établir avec quasi certitude la réalité d'un fait, d'un acte. Mais l'identification par empreintes ne paraît fiable que si certaines précautions de prélèvement, de transport, d'exploitation et de conservation particulièrement rigoureuses sont prises¹⁷⁰⁷. L'importance de la scène de l'infraction a conduit à la mise en place de formations spéciales pour les enquêteurs chargés de prélever les cellules. Seules ces personnes sont habilitées à pénétrer sur la scène de l'infraction et à prélever les traces. L'introduction de toute autre personne sans l'autorisation de la police spécialisée est interdite car susceptible de polluer la scène de l'infraction. Il est en effet établi que quelques scènes d'infractions sont parfois polluées avant même l'arrivée de la police scientifique. Les policiers chargés d'enquêter, au lieu simplement de sécuriser la scène de l'infraction en attendant l'arrivée des personnes habilitées, entrent dans les lieux en laissant leurs traces. Le travail de la police scientifique devient, dans ce contexte, considérable car elle doit tenter d'éliminer les cellules appartenant à ces policiers. Parfois même, cette pollution rend inexploitable les cellules récoltées sur la scène de l'infraction. Les erreurs liées au prélèvement, à l'exploitation et à la conservation rendent difficiles voire impossibles l'obtention de résultats fiables. Des efforts ont été entrepris pour sensibiliser tous les intervenants dans le respect des protocoles¹⁷⁰⁸.

632.- Au-delà de ces difficultés, l'identification par empreintes, en particulier par empreinte génétique demeure à ce jour un indice capital pour la police judiciaire¹⁷⁰⁹. Elle permet de compléter les autres éléments de preuve à sa disposition pour confondre une personne. Ce qui

¹⁷⁰⁶ C. PUIGELIER, « Observation sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 477 et s.

¹⁷⁰⁷ H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 140.

¹⁷⁰⁸ T. LEZEAU, « Prélèvements sur scène de crime », in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, CH. DOUTREMEPUICH (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 35.

¹⁷⁰⁹ H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 141 ; F. TARONI et P. MANGIN, « L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et la probabilité », *Médecine et droit* 1998, p. 6 ; C. BYK, « Tests génétiques et preuve pénale », *RID com.* 1998, p. 682.

signifie que l’empreinte génétique à elle seule ne suffit pas à impliquer ou à innocenter une personne¹⁷¹⁰, puisque l’identification par empreintes ne permet pas de faire le lien entre l’infraction et les cellules récoltées ni de dater¹⁷¹¹ celles-ci. Plus encore, les empreintes relevées peuvent être sans rapport avec l’infraction ou apportées volontairement par le véritable auteur de l’infraction pour égarer la police¹⁷¹². Cette manipulation va nécessairement conduire la police judiciaire à arrêter une personne innocente. Ainsi, condamner une personne sur le seul fondement des empreintes récoltées sur la scène de l’infraction ou sur la victime risque d’aboutir à une erreur judiciaire¹⁷¹³. La police judiciaire ne doit donc pas négliger l’enquête traditionnelle, à savoir l’enquête de voisinage et autres preuves testimoniales. Cependant, l’utilisation qui en est faite aujourd’hui est sujette à caution¹⁷¹⁴. La confiance aveugle que les intervenants de la chaîne pénale ont dans l’empreinte génétique conduit certains à la qualifier de « preuve parfaite »¹⁷¹⁵.

633.- Au niveau de l’enquête, il est de plus en plus fréquent que la police judiciaire attende le résultat de l’analyse des empreintes pour impliquer une personne¹⁷¹⁶. Il arrive qu’une personne en garde à vue avoue sa participation à l’infraction, se voit par la suite mise hors de cause après le résultat négatif des analyses génétiques¹⁷¹⁷. De ce fait, l’empreinte se situerait au sommet de la hiérarchie probatoire imaginaire faisant de cet indice la reine de preuve¹⁷¹⁸. Elle serait l’unique élément de preuve susceptible d’innocenter ou de condamner une personne¹⁷¹⁹. *De facto*, la police scientifique remplacerait la police judiciaire traditionnelle. Cette dernière se verrait attribuer des missions administratives de rédaction d’actes ou d’accueil. L’intervention de la police scientifique ne se cantonnerait plus aux infractions

¹⁷¹⁰ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, L.G.D.J., 2004, n° 423, p. 324 et s.

¹⁷¹¹ B. BOULOC, « *La preuve en matière pénale* », in *La preuve*, Economica, 2004, p.43.

¹⁷¹² F.-B. HUYGHE, *ADN et enquêtes criminelles*, PUF, 2008, p. 11.

¹⁷¹³ V. DE VALICOURT DE SERANVILLERS, *La preuve par l’ADN et l’erreur judiciaire*, L’Harmattan, 2009, p. 60.

¹⁷¹⁴ D. VIRIOT-BARRIAL, « De l’identification d’une personne par ses empreintes génétiques », in *Le droit de la biologie humaine : vieux débats et nouveaux enjeux*, A. SERIAUX (dir.), Ellipses, 2000, p. 85.

¹⁷¹⁵ J.-CH. GALLOUX, « L’empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP* 1991, I, 3497 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16^e éd., Cujas, 2011, n° 477, p. 421.

¹⁷¹⁶ J.-H. MATELLY, « Influence de la preuve génétique dans l’enquête judiciaire », in *10 ans d’empreintes génétiques*, C. DOUTREMEPUICH (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 130.

¹⁷¹⁷ Par exemple l’affaire Dickinson où la police judiciaire arrête un suspect qui avoue, et est mis en examen. Mais quelques jours après, il se voit innocenter car les résultats des analyses ont établi qu’il n’était pas l’auteur des empreintes relevées sur les lieux de l’infraction.

¹⁷¹⁸ C. AMBOISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 23.

¹⁷¹⁹ Y. PADOVA, « A la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l’utilisation de l’ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d’empreintes génétiques », *Ach. pol. crim.* 2004, vol. 26, p. 71 ; O. PASCAL et A. SCHLENK, « L’empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pén.* 2004, p. 24.

complexes, mais s'étendrait à toutes les infractions. Cette idée émerge peu à peu dans l'esprit des policiers eux-mêmes et dans celui de la société. La position centrale de la preuve scientifique dans l'enquête en fait assurément une preuve « quasi absolue, aux effets presque magiques »¹⁷²⁰. Il faut avoir à l'esprit que la personne innocentée en raison de résultat négatif ou en l'absence de cellules l'impliquant peut avoir agi en tant que coauteur, complice ou témoin privilégié¹⁷²¹. En définitive, la police traditionnelle et la police scientifique doivent agir en complément¹⁷²². Qu'elle soit scientifique ou traditionnelle, la police judiciaire aura toujours besoin de témoins et des autres éléments de preuve¹⁷²³. Le progrès scientifique ne remet pas en cause l'efficacité des investigations ordinaires. Parallèlement, la même position devrait être adoptée au niveau du juge.

634.- L'identification par empreintes est une expertise. En vertu du principe d'intime conviction¹⁷²⁴, le juge n'est pas lié par celle-ci¹⁷²⁵. Il a toute latitude pour intégrer le résultat des analyses dans sa décision : il peut écarter l'expertise comme il peut décider de se fonder sur elle pour rendre sa décision¹⁷²⁶. L'intime conviction du juge qui, apparemment, devrait être éclairée par l'expertise génétique rend compte d'un déplacement de la décision du juge à l'expert¹⁷²⁷. Le degré de conviction du juge dans sa décision se pose de plus en plus¹⁷²⁸. Le juge rencontre de difficultés pour faire jouer son intime conviction face à une preuve considérée comme parfaite. Bien souvent, le juge adopte sa position uniquement sur le fondement de la décision de l'expert. Il convient alors d'affirmer que la preuve scientifique

¹⁷²⁰ C. AMBOISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 23.

¹⁷²¹ A. MOUSTIERS, « Preuve et biotechnologies : l'utilisation des empreintes génétiques à des fins judiciaires », in *La preuve pénale, internationalisation et nouvelle technologie*, O. DE FROUVILLE (dir.), La Doc. fra., 2007, p. 195.

¹⁷²² H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 143.

¹⁷²³ B. BOULOC, « La preuve en matière pénale », in *La preuve*, Economica, 2004, p. 43.

¹⁷²⁴ Articles 427 et 428 du Code de procédure pénale.

¹⁷²⁵ J. VERIN, « L'expertise dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 1022 ; Y. MARX, « Observations sur le problème de l'expertise pénale », in *Mélanges HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 193 ; J. GOULESQUE et J. MICHAUD, « Le juge d'instruction et l'expert », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 791 ; J. PRADEL, « La responsabilité pénale de l'expert judiciaire », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 247 ; J.-F. RENUCCI, « L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* n° 19, 10 mai 2000, I, 227 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à l'expertise équitable », *D.* 2000, chron. p. 111 ; J. PRADEL, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en matière pénale*, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, t. VI, 1976, p. 15.

¹⁷²⁶ Cass. crim., 12 juin 1958, Bull. crim., n° 459 ; Cass. crim., 29 juin 1960, Bull. crim., n° 345 ; Cass. crim., 7 févr. 1962, Bull. crim., n° 85 ; Cass. crim., 8 nov. 1973, Bull. crim., n° 412.

¹⁷²⁷ Y. ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, PUAM, 2004, n° 36, p. 39 et s.

¹⁷²⁸ P. THIERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », in *La preuve*, PUF, 1996, p. 46.

met à mal l'intime conviction ou du moins empêche son libre exercice par le juge¹⁷²⁹. On ne voit pas « quel magistrat ferait davantage confiance à un aveu ou à un témoignage qui serait en contradiction avec les résultats d'une empreinte génétique ? »¹⁷³⁰. Il apparaît donc que l'usage des éléments du corps humain comme moyens de preuve s'impose au juge en raison d'une grande fiabilité des techniques utilisées et d'une grande crédibilité donnée à cette preuve¹⁷³¹. Il serait difficile pour le juge de justifier un non-lieu ou un acquittement d'une personne dont l'empreinte génétique et celle retrouvée sur la scène de l'infraction concordent. De la même manière, il ne pourrait non plus justifier une condamnation d'une personne à défaut de coïncidence entre ses empreintes et celles retrouvées sur les lieux de l'infraction. La justice serait désormais en blouse blanche.

635.- L'idée que la solution judiciaire dépendrait de l'expertise génétique émerge puisque trop souvent il est affirmé « qu'on attend les résultats des analyses pour savoir si la personne est coupable ou pas ». L'identification par empreintes recueille la confiance non seulement de tous les intervenants de la chaîne pénale mais aussi de la société¹⁷³². Leur confiance aveugle permet à l'identification par empreintes de revisiter le passé. Celle-ci peut constituer un moyen de révision de procès¹⁷³³, et aujourd'hui de plus en plus utilisée dans certains pays notamment les Etats-Unis pour innocenter des condamnés à morts¹⁷³⁴. Pour notre part, nous considérons que l'identification par empreintes employée comme moyen de preuve « ne

¹⁷²⁹ D. VIRIOT-BARIAL, « De l'identité d'une personne par ses empreintes génétiques », in *Le droit de la biologie humaine : vieux débats et nouveaux enjeux*, A. SERIAUX (dir.), Ellipses, 2000, p. 111 ; P. GORDON, « Preuve scientifique, preuve juridique : y a-t-il un « paradoxe de l'expert » ? », *Gaz. Pal.* 23-24 juil. 1999, doct. 13 ; A. RACHED, *De l'intime conviction du juge, vers une théorie scientifique de la preuve en matière pénale*, Thèse, Paris, 1942, n° 163.

¹⁷³⁰ C. AMBOISE-CASTEROT, « Recherche et administration de la preuve en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », in *La preuve : une question de loyauté*, *AJ Pén.* 2005, p. 264.

¹⁷³¹ L'ADN a permis de confondre un homme vingt ans après les faits. En 1991 et 1996, deux enfants de 6 et 10 ans sont retrouvés morts en Isère. A l'époque l'enquête piétine car les indices prélevés sur les scènes de crime ne donnent rien mais sont conservés. En 2008, une cellule composée de sept enquêteurs de la section de recherches de Grenoble est mise en place pour relancer l'enquête. Celle-ci refait des nouvelles expertises ADN sur les indices prélevés sur les scènes des infractions. Celles-ci établissent qu'une seule personne est l'auteur de ces deux infractions. En confrontant le profil génétique aux fichiers de la police et de la gendarmerie, un nom sort. Cette personne avait été fichée dans une affaire de délinquance routière. Agé aujourd'hui de 37 ans, la personne avait 17 ans à l'époque des faits. Après avoir reconnu les faits, la personne est mise en examen pour tentative de viol et assassinats de mineurs de moins de 15 ans.

¹⁷³² E. CADOU, « La « biologisation » du droit de la filiation », in *Le droit saisi par la biologie*, C. LABROUSSE-RIOU (dir.), LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1996, T. 259, p. 15 et s ; Y. SOUBELET, « La représentation de la science par le droit », in *Le droit saisi par la biologie*, C. LABROUSSE-RIOU (dir.), L.G.D.J., coll. Bibl. de droit privé, 1996, T. 259, p. 363.

¹⁷³³ Commission de révision, 25 juin 2001, n° 157, p. 489 et s, affaire Omar X.

¹⁷³⁴ F.-B. HUYGUES, *ADN et enquêtes criminelles*, PUF, 2008, p. 12 et ss ; H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 157 et s.

déshabille pas le juge de sa robe pour le vêtir de la blouse du technicien ou de l'ingénieur »¹⁷³⁵. Le procès pénal ne se trouve pas modifié puisque l'intime conviction du juge ne disparaît pas totalement même si elle se trouve affaiblie à l'instar de l'expertise psychiatrique¹⁷³⁶.

636.- La preuve scientifique ne permet pas d'établir les motivations de l'auteur, les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, etc. Seuls les éléments de preuve traditionnels sont en mesure de répondre à ces questions. La preuve scientifique n'est parfaite que si elle est complétée par les autres éléments de preuve. Elle ne saurait se suffire à elle seule à condamner ou à disculper¹⁷³⁷. La critique essentielle porte donc sur l'interprétation que font les acteurs de la chaîne pénale et la société des résultats des analyses¹⁷³⁸. Ils devraient recevoir une interprétation prudente de telle sorte que l'identification par empreintes apparaisse vraiment comme un indice parmi d'autres¹⁷³⁹. Sauf exception, l'enquête ou le jugement ne devrait pas être suspendu aux résultats des analyses dès lors que d'autres pistes d'investigation restent possibles. Alors qu'en matière de vérifications médicales, il est tout à fait normal que l'enquête ou le jugement soit suspendu aux résultats des analyses.

637.- Hormis la détection de maladies sexuellement transmissibles dont la finalité n'étant pas l'établissement de la preuve de l'infraction mais la protection de la victime, l'état d'imprégnation alcoolique et la présence de stupéfiants ne peuvent être prouvés par d'autres moyens. La réalité de ces deux comportements illicites dépend essentiellement de la participation du corps dans les investigations. Les poursuites au niveau de l'enquête s'appuient essentiellement sur les résultats des analyses. Ceux-ci vont permettre, dans certaines circonstances, d'établir non seulement la réalité de l'infraction mais également les

¹⁷³⁵ F. JOBARD, « Preuve pénale et technologies ; De nouvelles garanties de vérité et d'équité ? », *Revue de la Gendarmerie nationale*, 2005, n 216, p. 47.

¹⁷³⁶ Si l'expert déclare un accusé irresponsable totalement ou partiellement, il demeure difficile pour le juge d'aller à l'encontre de cette décision. L'intime conviction du juge s'atténue au profit de l'expertise psychiatrique : P.-J. DOLL, « L'interrogatoire de l'inculpé par les experts », *Gaz. Pal.* II, doctr. p. 439.

¹⁷³⁷ J.-CH. GALLOUX, « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP* 1991, I, 3497, p. 109.

¹⁷³⁸ F. TARONI et P. MANGIN, « L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et la probabilité », *Médecine et droit* 1998, p. 6 ; E. HEILMAN, *En quête de l'identité, Les empreintes génétiques et l'identification judiciaire*, in *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, éd. Autrement, 1994, p. 30 ; J.-H. MATELLY, « Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire », in *10 ans d'empreintes génétiques*, CH. DOUTREMEPUICH (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 121 ; A. MILANOVA, « Preuve corporelle, vérité scientifique et personne humaine », *RRJ* 2003, p. 1755 ; C. HENNAU-HUBLET, « Les tests d'identification génétique en matière pénale », *RIPC* 1997, n° 462, p. 38.

¹⁷³⁹ A. MOUSTIERS, « Preuve et biotechnologies : l'utilisation des empreintes génétiques à des fins judiciaires », in *La preuve pénale, internationalisation et nouvelle technologie*, O. DE FROUVILLE (dir.), La Doc. fra., 2007, p. 196.

circonstances aggravantes attachées à celle-ci. De même, au niveau du juge, l'exercice de l'intime confiance reste difficile. Le juge est nécessairement amené à se baser sur ces vérifications pour rendre sa décision.

638.- En somme, les acteurs de la chaîne pénale accordent à la preuve scientifique une place de choix. Elle est une preuve primordiale dans la consolidation de la conviction. Toutefois, elle ne constitue pas la preuve parfaite dans la mesure où elle souffre de nombreuses imperfections¹⁷⁴⁰. Les acteurs de la chaîne pénale ne doivent pas voir dans cette preuve une véritable ordalie sous peine d'entraîner des erreurs judiciaires. Il s'agirait plutôt d'un élément susceptible de renforcer la culpabilité ou l'innocence des individus. Malgré cela, l'aura de la preuve scientifique dans la chaîne pénale a conduit à tempérer la liberté corporelle.

B. La régression de la liberté corporelle

639.- La preuve scientifique implique l'intervention corporelle ; il s'agit de prélever les éléments du corps de la personne. La réalisation de la mesure porte nécessairement atteinte sinon à l'intimité, du moins à l'intégrité physique de la personne¹⁷⁴¹. Or, la tradition française repose sur le principe de l'inviolabilité du corps humain. Le consentement constitue l'élément central de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Dès lors, l'inviolabilité du corps humain apparaît comme un obstacle au droit à la preuve scientifique. Elle est la « borne infranchissable »¹⁷⁴², protectrice de l'intégrité physique de la personne : seul l'assentiment exprès de celle-ci permet de rendre licite le recours à des procédés scientifiques aux fins probatoires. C'est sans oublier que l'inviolabilité du corps humain ne constitue pas un principe à valeur constitutionnelle¹⁷⁴³. Dès lors que la dignité humaine n'est pas compromise, le législateur peut porter atteinte à l'intégrité corporelle par des dispositions prévoyant des mesures coercitives à l'encontre des individus récalcitrants. Cette intervention législative aboutit donc à tempérer la liberté corporelle. En tout cas le principe reste la liberté de choix de la personne (1) qui

¹⁷⁴⁰ N. LE DOUARIN, « La preuve scientifique. Des empreintes digitales aux empreintes génétiques un siècle de découvertes en Biologie », in *La preuve*, Economica, 2004, p. 29 ; F. DOUTREMEPUICH, « Les empreintes génétiques », in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, CH. DOUTREMEPUICH (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 19.

¹⁷⁴¹ F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Chronique de législation française en matière de droit privé », *RTD civ.* 2000, p. 653.

¹⁷⁴² M. DELMAS-MARTY (dir.), *Commission justice pénale et droits de l'homme, Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, La Doc. fra., 1991, p. 201.

¹⁷⁴³ Cons. const. 27 juil. 1994, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^{ème} éd., 1999, Dalloz, 861 et s.

s'accompagne, néanmoins, des exceptions reposant sur le contournement de la volonté contraire (2).

1. L'apparence du libre choix

640.- Hormis quelques rares cas (b), le libre consentement est une illusion (a).

a. L'illusion du libre consentement

641.- L'intervention législative a consisté, semble-t-il, à placer le consentement de l'individu au centre des prélèvements corporels. Mais alors, l'individu disposerait-il de la liberté de choix ? A première vue la police doit, dans la mise en œuvre des procédés scientifiques d'obtention de la preuve, rechercher le consentement de la personne concernée. Cette exigence s'imposerait aussi bien aux méthodes de vérifications médicales qu'à celles d'identification par empreintes.

642.- En ce qui concerne la première méthode, il convient d'observer tout d'abord que l'article 706-47-2 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 précise que l'officier de police judiciaire, agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, peut procéder sur toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression ou atteinte sexuelle¹⁷⁴⁴. La mesure est censée protéger la victime contre une éventuelle transmission. Cela n'empêche que le médecin ou l'infirmier chargé de réaliser la mesure doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé. Cette imposition législative est susceptible d'être interprétée comme la faculté pour la personne de subir un dépistage. Dès lors que la personne habilitée doit rechercher le consentement, la personne concernée peut alors refuser la mesure sans pouvoir faire l'objet d'aucune contrainte. Toutefois, faire reposer cet examen sur la volonté du suspect fait inéluctablement courir le risque de refus systématique. Dans ce cas, la disposition serait dépourvue d'efficacité et le droit à la santé de la victime serait alors méconnu. C'est pourquoi il nous semble logique d'interpréter cette disposition comme incitant à la recherche du consentement. Le but est d'abord d'encourager la participation volontaire de l'intéressé pour faciliter le dépistage. Le législateur a bien compris que la volonté contraire de l'individu rendrait la prise de sang techniquement difficile. L'intéressé serait tenté de déjouer la

¹⁷⁴⁴ V. *supra* n° 628 et s.

réalisation de l'examen. Il résulte donc que le libre choix n'est qu'apparent, d'une apparence « trompeuse ». Dans tout principe il y a l'exception ; les vérifications médicales ne peuvent y échapper et le législateur a prévu des mécanismes censés forcer le consentement.

643.- Ensuite, l'apparence du consentement imprègne la recherche de stupéfiants. D'une part l'article 60 bis du Code des douanes précise que les agents des douanes peuvent, en présence d'indices sérieux leur laissant présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, la soumettre à des examens médicaux de dépistage. Cette exigence apparaît comme une faculté laissée à la disposition de la personne : elle peut l'accepter comme refuser. En cas de refus, les agents de douanes ne peuvent recourir à la contrainte. Le juge régulièrement saisi ne peut davantage la contraindre à obtempérer¹⁷⁴⁵.

D'autre part l'article L. 235-1 du Code de la route prévoit que les officiers de police judiciaire peuvent procéder, lors d'un accident mortel, à une recherche de stupéfiants sur le conducteur. Mais cette détection ne peut s'effectuer qu'avec le consentement de l'intéressé. Ces diverses dispositions semblent, *a priori*, montrer l'importance du consentement. Il est explicitement exigé avant tout prélèvement corporel. Pour préserver le libre choix, le recours à la contrainte devrait, en toute logique, être rejeté. Ce qui n'est pas le cas, là aussi, le consentement n'est pas libre mais forcé en raison de la mise en place des mesures de contrainte. L'apparence « trompeuse » du consentement apparaît également en matière de recherche d'alcool.

644.- Enfin, en ce qui concerne cette dernière matière, l'article L. 234-3 du Code de la route autorise les officiers ou agents de police judiciaire à soumettre l'auteur présumé d'une infraction à des épreuves de dépistage de l'imprégnation alcoolique. Une fois encore, la police est amenée à obtenir le consentement de l'intéressé. En réalité, le consentement n'a pas la force qu'on lui prête ou que « l'apparence paraît lui donner »¹⁷⁴⁶. Il n'est pas une condition indispensable à la recevabilité de la preuve. Il est nécessairement recherché, uniquement, pour favoriser une meilleure collaboration de la personne. Mais cette recherche systématique ne donne pas au consentement une place de choix de telle sorte que la police ne peut passer outre

¹⁷⁴⁵ C. PUIGELIER, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 479.

¹⁷⁴⁶ C. AMBOISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 29.

le refus en recourant à la contrainte. Les méthodes d'identification par empreintes semblent accentuer l'apparence « trompeuse » du libre consentement.

645.- En ce qui concerne l'identification par empreintes, l'importance du consentement reste de mise. Ainsi, s'agissant de l'identification par empreinte digitale, la vérification d'identité par empreinte digitale nécessite le consentement de la personne¹⁷⁴⁷. Mais la menace d'une sanction pénale force le consentement¹⁷⁴⁸. L'apparence du libre choix est erronée, la personne est d'une certaine manière contrainte d'accepter l'opération.

De même, l'article 55-1 relatif à l'enquête de flagrance et l'article 76-2 relatif à l'enquête préliminaire du Code de procédure pénale édictent que l'officier de police judiciaire peut d'office ou sur autorisation du procureur de la République procéder, ou faire procéder sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre l'infraction, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies. Il convient de noter que l'apparence du libre consentement est plus ou moins réelle selon les individus censés subir une telle mesure. La personne semble bénéficier de la liberté de consentement. L'apparence du libre consentement est ici « trompeuse ». Le refus de consentement entraîne de conséquences irréversibles : la suppression du libre consentement et la suspicion de la police à son égard. La logique voudrait qu'une personne innocente donne plus facilement son consentement pour être disculpée alors qu'une personne ayant participé de façon directe ou indirecte au dessein infractionnel refuserait de le donner afin d'empêcher l'établissement de la vérité. Il est alors probable que l'intime conviction du juge soit négativement influencée par la « volonté manifestée de ne pas laisser l'enquêteur prélever les éléments de preuve souhaités »¹⁷⁴⁹. La réaction « naturelle » mais « humaine » du magistrat consisterait à penser que « l'individu qui refuse le prélèvement a quelque chose à se reprocher puisque en général, les résultats de l'expertise devraient innocenter la personne jusque-là suspecte »¹⁷⁵⁰. Ce

¹⁷⁴⁷ Article 78-3, alinéa 4 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁸ Article 78-5 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁴⁹ C. AMBOISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 34.

¹⁷⁵⁰ C. AMBOISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 27.

constat est aussi valable en matière d'identification par empreinte génétique. Dans ce domaine, le règlement de la question du consentement est récent.

646.- La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 introduisant l'identification d'une personne par empreintes génétiques n'avait prévu expressément le consentement de la personne qu'en matière civile¹⁷⁵¹. Le texte restait silencieux en matière pénale. Cette inertie résultait de la suppression par le sénat d'un amendement gouvernemental selon lequel « en matière pénale, le consentement de l'intéressé n'est pas requis »¹⁷⁵². De là est née une controverse doctrinale entre celle qui considère le prélèvement forcé nécessaire¹⁷⁵³ et celle qui estime qu'au nom du principe de légalité, il ne peut y avoir de coercition sans texte¹⁷⁵⁴. Finalement, la jurisprudence tranche en faveur de l'exigence de consentement à tout prélèvement¹⁷⁵⁵. Elle condamne ainsi les policiers d'avoir passé outre le consentement de l'intéressé. Cette solution ne peut qu'être approuvée.

647.- Il est à rappeler que législateur détient une compétence exclusive en matière d'atteinte à l'inviolabilité du corps humain¹⁷⁵⁶. Toute dérogation à l'inviolabilité du corps doit être expressément prévue par la loi¹⁷⁵⁷. En l'absence d'une disposition législative explicite, la liberté de consentement demeure la règle¹⁷⁵⁸. C'est la raison pour laquelle l'inviolabilité du corps humain constitue un obstacle au droit à la preuve biologique¹⁷⁵⁹. Le choix d'accepter ou de refuser le prélèvement repose sur la seule volonté de la personne. Cette position est réitérée

¹⁷⁵¹ Article 16-11 du Code civil.

¹⁷⁵² Amendement n° 76, AN, Débats, 2^{ème} séance du 23 nov. 1992, *JO Débats*, p. 5870.

¹⁷⁵³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013, n° 479, p. 423 : « face à l'impérieuse nécessité de rechercher la vérité dans les affaires, le consentement n'est pas nécessaire » ; N.-J. MAZEN, « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », *LPA* déc. 1994 ; V. LESCLOUS et C. MARSAT, « Chronique des parquets et de l'instruction. Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques », *Dr. pén.* juin 1998, n° 17, p. 5.

¹⁷⁵⁴ J.-C. GALLOUX, « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP* 1991, I, 3497, p. 108 ; S. ROUQUIE, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *LPA* 13 mai 1998, n° 57 ; V. LESCLOUS, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, CH. DOUTREMEPUICH (dir.), La Doc. fra., p. 119 ; A. GIUDICELLI, *Rev. sc. crim.* 2001, p. 607 ; H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 189.

¹⁷⁵⁵ Rennes, 14 août 1997, *D.* 1998, somm. p. 160, obs. H. GAUMONT-PRAT.

¹⁷⁵⁶ J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, *D.* 1947, Jur. p. 510.

¹⁷⁵⁷ G. FRANCOIS, *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et droit pénal*, Thèse, Paris I, 2004, n° 487, p. 584.

¹⁷⁵⁸ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., 2002, n° 504, p. 402 ; N. COLLIGNON et O. DIAMANT-BERGER, « Le consentement aux empreintes génétiques en matière pénale », *Médecine et droit* 2000, p. 5.

¹⁷⁵⁹ G. FRANCOIS, *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et droit pénal*, Thèse, Paris I, 2004, p. 583.

par la circulaire du garde des Sceaux en date du 14 décembre 1998¹⁷⁶⁰, laquelle accompagne la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 en énonçant que « notre droit ne permet pas qu'un prélèvement soit effectué de force sur la personne ». La coercition qui est naturellement contraire à la tradition française¹⁷⁶¹ demeure néanmoins nécessaire pour forcer le consentement. Cette contrariété impliquant un flou juridique¹⁷⁶² est finalement réglée par les lois n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, n° 2003-239 du 18 mars 2003 et n° 2004-204 du 9 mars 2004.

648.- Le recours à la contrainte physique ne peut être exercé à l'encontre d'un suspect récalcitrant à subir une telle opération¹⁷⁶³. Son consentement n'est pas pour autant totalement libre, il est en réalité forcé en raison de l'instauration des sanctions relativement sévères¹⁷⁶⁴. En définitive, tout est mis en œuvre pour éviter que la personne refuse le prélèvement. Dès lors, la liberté corporelle connaît une certaine régression par l'apparence « trompeuse » de la liberté de consentement¹⁷⁶⁵ à l'exception de quelques rares cas d'existence d'une réelle liberté de consentement.

b. La restriction des cas d'existence du libre consentement

649.- Seules certaines personnes bénéficient d'une véritable liberté de consentement. Le choix d'accepter ou de refuser le prélèvement ne peut, en aucun cas, s'accompagner aussi bien de sanctions que de mesures coercitives. Cette possibilité concerne principalement la méthode d'identification par empreintes. Les ascendants et descendants d'une personne disparue ne peuvent, dans le cadre de l'enquête pour la recherche de celle-ci, subir un prélèvement¹⁷⁶⁶. L'apparence du libre choix est ici incontestablement réelle : ils peuvent accepter comme refuser. Cette liberté de consentement s'explique par les circonstances particulières de la mesure. Cette dernière est effectuée dans un but de faciliter l'identification de la personne. Il s'agit donc d'une aide pour la famille qui, si elle n'a rien à se reprocher, acceptera la collaboration. Le but de l'opération n'est pas d'établir la preuve de l'infraction mais peut

¹⁷⁶⁰ Circulaire CRIM 98-12 F1 du 14 décembre 1998.

¹⁷⁶¹ C. AMBOISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 29.

¹⁷⁶² N.-J. MAZEN, « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », *LPA* déc. 1994, n° 149.

¹⁷⁶³ Article 706-56 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁶⁴ Article 706-56 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁶⁵ N. COLLIGNON et O. DIAMANT-BERGER, « Le consentement aux empreintes génétiques en matière pénale », *Médecine et droit* 2000, n° 40, p. 5 et s.

¹⁷⁶⁶ Articles 74-1 et 80-4 du Code de procédure pénale.

consister, en cas de découverte d'un cadavre, à identifier la victime. Les investigations complémentaires diligentées pourraient ainsi mettre hors de cause les membres de la famille.

650.- La prédominance du consentement bénéficie également au simple témoin¹⁷⁶⁷. Aucun mécanisme de consentement forcé n'est prévu en cas de refus de celui-ci. Mais l'édit refus constituera un indice pour la police judiciaire¹⁷⁶⁸. Il est fort à craindre que celle-ci serait influencée par ce refus pour orienter ses investigations ou ses soupçons vers la personne. En dehors de ces personnes, le consentement est forcé à raison du contournement de la volonté contraire.

2. Le contournement de la volonté contraire

651.- L'importance de la preuve scientifique dans la chaîne pénale aboutit à une atteinte législative au principe de l'inviolabilité du corps humain. Celui-ci s'est accompagné de la régression de la place de consentement dans la recherche de la preuve. Si le consentement demeure la clé de l'investigation corporelle à des fins probatoires, il est désormais possible de passer outre la volonté contraire de la personne en raison de l'inexistence du droit au silence corporel (a) et de la réalisation d'un profil génétique au moyen d'échantillons naturellement détachés du corps (b).

a. *L'inexistence du droit au silence corporel*

652.- L'instauration des mesures de contraintes telles que l'incrimination de refus et le prélèvement forcé (I) a pour conséquence d'obliger l'intéressé à fournir les informations tirées de son corps (II).

i. *L'incrimination de refus et L'usage de la contrainte*

653.- Une sanction est prévue en cas de refus de se soumettre aux opérations de dépistage et de prélèvement, ce qui est une forme de contrainte indirecte (i). Le recours à la contrainte directe est possible (ii).

¹⁷⁶⁷ Article 55-1 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁶⁸ C. AMBOISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 34 ; J.-C. GALLOUX, « L'empreinte génétique, la preuve parfaite ? », *JCP* 1991, I, 3497, p. 108.

i. L'incrimination de refus

654.- Si la menace d'une sanction face au refus de l'intéressé de consentir à l'opération innerve désormais tous les procédés scientifiques de dépistage et de prélèvement, il convient de noter que cette incrimination a d'abord vu le jour en matière d'imprégnation alcoolique. L'adoption de la loi du 15 avril 1954¹⁷⁶⁹ relative à la répression de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique a fait naître une controverse doctrinale entre celle qui considère le prélèvement forcé possible¹⁷⁷⁰ et celle qui le réfute¹⁷⁷¹. La solution retenue est celle du refus au prélèvement forcé¹⁷⁷². Cette position a été sévèrement critiquée ; elle conduisait, selon certains auteurs, à dénuer la loi de toute efficacité¹⁷⁷³. Finalement, l'ordonnance du 7 janvier 1959¹⁷⁷⁴ institue l'incrimination du refus de se plier à l'opération de prélèvement.

655.- Depuis, un conducteur ne peut refuser de se soumettre à la vérification dès lors que son refus constitue une infraction sévèrement réprimée¹⁷⁷⁵. D'ailleurs, la Cour européenne de droits de l'homme considère que si la prise de sang imposée afin d'établir la preuve de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique constitue une ingérence dans la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, une telle ingérence poursuit cependant un but légitime et constitue une mesure proportionnée au but recherché¹⁷⁷⁶. Il s'agit d'une forme de contrainte indirecte de sorte que nul ne pourrait se soustraire à cette mesure ô combien importante. Cela s'explique par le fait qu'elle constitue, lorsqu'elle est envisagée, l'un des seuls moyens sinon le seul moyen d'établir la réalité de l'infraction. Ainsi, tout comportement ayant pour objet de se soustraire à la vérification sera réprimé indépendamment du résultat définitif ; une personne sera condamnée pour refus de se soustraire aux vérifications d'imprégnation alcoolique quand bien même les résultats se révèlent négatifs¹⁷⁷⁷ et même s'il est établi par la suite que celui qui a refusé le contrôle n'était pas le conducteur du véhicule¹⁷⁷⁸. Un certain renversement se trouve opéré dans cette dernière

¹⁷⁶⁹ R. SAVATIER, « De sanguine jus », *D.* 1954, chron. p. 141 et s.

¹⁷⁷⁰ J. LARGUIER, « L'alcool, la police et le sang », *D.* 1962, chron. p. 9 et s. spéc. p. 11.

¹⁷⁷¹ R. MERLE, « Le corps humain, la justice pénale et les experts (A propos de la loi du 15 avril 1954 sur l'expertise alcoolique », *JCP* 1955, I, 1219.

¹⁷⁷² Il est précisé dans la circulaire n° 56-31 du 9 novembre 1956 que face à l'opposition formelle de l'intéressé, l'emploi de moyens coercitifs ne saurait être envisagé.

¹⁷⁷³ E. BLOCH, « Le refus de se soumettre au prélèvement sanguin », *JCP* 1961, I, 1622 bis.

¹⁷⁷⁴ Article 89 du Code des débits de boisson.

¹⁷⁷⁵ Article L. 234-8 du Code de la route.

¹⁷⁷⁶ Comm. EDH, D 8239/ 78, X c/ Pays-Bas, 4 déc. 1978.

¹⁷⁷⁷ Cass. crim., 29 mars 1977, Bull. crim., p. 280.

¹⁷⁷⁸ Cass. crim., 11 mai 1982, Bull. crim., n° 119 ; Cass. crim., 21 janv. 2004, Bull. crim., n° 119.

jurisprudence dans la mesure où elle semble ôter tout doute profitable à une personne. Il est affirmé que « celui qui conduit, c'est celui qui ne boit pas ». Cette règle signifie qu'une personne qui a bu peut être passagère. Pourtant, cette jurisprudence soumet toute personne se trouvant à l'intérieur d'un véhicule à accepter le contrôle au risque d'être sanctionnée en cas de refus.

656.- Le conducteur ne serait alors pas le seul à subir une telle opération. Celle-ci s'étend à toute personne se trouvant dans le véhicule qui, désormais, serait tenue de collaborer à la manifestation de la vérité. Il ne s'agirait pas d'une faculté mais d'une obligation de collaborer. Or, une personne poursuivie bénéficie de la faculté de collaborer ou non et son silence ne peut être interprété comme une sorte « d'aveu ». Mais en matière de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, eu égard aux difficultés d'établir la preuve de l'infraction, ces principes ne peuvent en toute logique s'appliquer.

657.- Quant à l'incidence sur la répression, le refus de se soumettre aux vérifications médicales expose son auteur à une forme de « double peine ». Il importe de noter que s'il est établi que le taux d'imprégnation alcoolique dépasse la limite autorisée, ledit refus peut constituer une infraction distincte et cumulative de la conduite en état d'ivresse¹⁷⁷⁹. En somme, toutes ces précautions sont prises en vue d'inciter toute personne à accepter une telle mesure de son propre gré. Cette incrimination force ainsi le consentement de l'intéressé. Le choix dont il dispose en apparence se trouve limité par toute une série de conséquences négatives en cas de refus. Il est, de manière indirecte, contraint d'accepter de se soumettre aux vérifications. Tel est également le cas en matière d'empreinte génétique.

658.- Contrairement à d'autres pays¹⁷⁸⁰, le modèle français se caractérisait par une plus grande protection de l'inviolabilité du corps. Le consentement était le centre autour duquel pouvait graviter toute atteinte à l'intégrité physique. Cette position était à l'opposé de celle de la jurisprudence européenne qui, elle, fait primer les nécessités probatoires sur l'inviolabilité du corps. En effet, selon cette jurisprudence, l'ingérence constituée par un prélèvement corporel obligatoire peut être justifiée dès lors qu'elle est prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but recherché. C'est ainsi qu'elle a estimé que l'obligation

¹⁷⁷⁹ Cass. crim., 6 oct. 1987, Bull. crim., p. 901 ; Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., p. 298.

¹⁷⁸⁰ P. J.-P. TAK et G. A. VAN EIKEMA HOMMES, « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 678.

de se soumettre à des prélèvements sanguins dans le cadre d'un procès en recherche de filiation est nécessaire et proportionnée, eu égard à la faible atteinte à l'intégrité que représente une prise de sang¹⁷⁸¹. Cette divergence « d'opinions » ne constitue en « rien un obstacle à ce qu'un Etat membre retienne une solution finalement plus favorable aux personnes impliquées sur le fondement d'autres principes protecteurs »¹⁷⁸² notamment l'inviolabilité du corps humain et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

659.- Reste que la question s'est posée de savoir s'il ne serait pas opportun d'un point de vue moral, d'étendre l'incrimination du refus à la grande criminalité plutôt que de la restreindre à la seule délinquance routière¹⁷⁸³. Cette extension, selon un auteur, ne serait pas envisageable en raison des finalités différentes de l'identification génétique et de l'imprégnation alcoolique¹⁷⁸⁴. Il ne s'agit pas, selon cet auteur, d'établir la réalité d'une infraction (la conduite en état d'ivresse), grâce à un unique moyen de preuve mais d'effectuer un prélèvement pour imputer une infraction déjà réalisée à un individu. Malgré cette réticence, le législateur est intervenu pour incriminer le refus au prélèvement. Contrairement à l'imprégnation alcoolique, la menace de la sanction en matière d'empreinte génétique n'a concerné en premier lieu que le condamné¹⁷⁸⁵. Le consentement restait de portée générale pour les autres individus qui devaient consentir à cette mesure. La contrainte n'était alors possible qu'à l'encontre de personnes reconnues coupables. Cette position trouverait sa légitimité dans l'effacement de la présomption d'innocence et de ses extensions au profit de la culpabilité. Reste que par des interventions successives, le législateur est venu étendre la mesure aux personnes jusqu'alors épargnées.

660.- La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure élargit le délit de refus au mis en cause¹⁷⁸⁶. Les peines prononcées se cumulent sans possibilité de confusion avec celles déjà prononcées ou à intervenir avec l'infraction poursuivie¹⁷⁸⁷. Si le

¹⁷⁸¹ Comm. EDH., 13 déc. 1979, n° 8378/78.

¹⁷⁸² A. GIUDICELLI, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 609.

¹⁷⁸³ J.-C. GALLOUX, « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP* 1991, I, 3497, p. 108.

¹⁷⁸⁴ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., 2002, n° 504, p. 403.

¹⁷⁸⁵ L'article 706-56 du Code de procédure pénale, issu de la loi n° 2001-539 du 11 novembre 2001, précise que « Le fait, pour une personne définitivement condamnée pour une des infractions visées à l'article 706-55, de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de son empreinte génétique est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Lorsque la personne a été condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

¹⁷⁸⁶ Cette loi avait également étendu le délit de refus aux simples témoins, c'est la loi n° 2004-204 qui a supprimé cette incrimination. Le témoin ne peut dès lors subir aucune contrainte.

¹⁷⁸⁷ Article 706-56 du Code de procédure pénale.

consentement peut désormais être forcé, néanmoins, aucune mesure coercitive ne peut être exercée à l'encontre de ces personnes au nom de la présomption d'innocence.

661.- La loi incrimine aussi le refus de dépistage en matière de maladie sexuellement transmissible¹⁷⁸⁸. Il est à rappeler qu'il s'agit d'une mesure protectrice pour la victime d'une éventuelle contamination. Il semble alors normal, pour l'effectivité de la mesure, qu'une certaine contrainte l'accompagne. Raison pour laquelle l'alinéa 5 de l'article 706-47-2 du Code de procédure prévoit que le fait de refuser de se soumettre au dépistage prévu est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende. Le délit de refus touche aussi d'autres domaines.

662.- Qu'il concerne le dépistage de stupéfiants ou l'identification par empreinte digitale, le refus de se soumettre à l'opération expose l'intéressé à des sanctions pénales lourdes. En matière de dépistage de stupéfiants, il est établi que les agents des douanes peuvent, en présence d'indices sérieux leur laissant présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, la soumettre à des examens médicaux de dépistage. En cas de refus, la personne encourt une peine d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende¹⁷⁸⁹. D'autre part les officiers de police judiciaire peuvent procéder, lors d'un accident mortel, à une recherche de stupéfiants sur le conducteur. Le refus l'expose à une condamnation à une peine de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende¹⁷⁹⁰. C'est aussi le cas en matière d'identification par empreinte digitale.

663.- La police judiciaire peut, en matière de vérification d'identité, procéder après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies. Si l'intéressé refuse une telle opération, il risque une peine d'emprisonnement de trois mois et une amende de 3 750 euros¹⁷⁹¹. La police peut également procéder aux prélèvements des empreintes digitales, palmaires ainsi que la prise de photographies afin de réaliser des examens techniques et scientifiques. La personne qui refuse de se soumettre à l'opération encourt une peine d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros

¹⁷⁸⁸ Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 706-47-2 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire peut faire procéder à un examen médical et à une prise de sang à l'encontre de toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression ou une atteinte sexuelle.

¹⁷⁸⁹ Article 60 bis du Code des douanes.

¹⁷⁹⁰ Article L. 235-1 et L. 235-3 du Code de la route.

¹⁷⁹¹ Article 78-5 du Code de procédure pénale.

d'amende¹⁷⁹². En définitive, il faut admettre qu'une personne, ayant conscience que son refus serait susceptible d'entraîner une condamnation, accepterait plus facilement une telle mesure. Il ne fait aucun doute que la personne ne dispose pas de véritable choix ; son consentement « forcé » est guidé vers l'acceptation. Même s'il ne peut subir aucune contrainte de telle sorte qu'aucun prélèvement ne peut être pratiqué de force, la simple incrimination du refus apparaît ici suffisante pour assurer l'efficacité de l'opération. Dans certains cas le recours à la contrainte directe est possible.

ii. La contrainte directe

664.- Dans certains domaines, le législateur ne s'est pas contenté de la menace de sanction en cas de refus. Il a prévu la possibilité pour la police de passer outre le refus de consentement. En matière de dépistage de maladies sexuellement transmissibles, l'alinéa 3 de l'article 706-47-2 du Code de procédure pénale précise qu'« à la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, cette opération peut être effectuée sans le consentement de l'intéressé sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction qui sont versées au dossier de la procédure ». Il a été remarqué que « c'est la première fois que le législateur entend utiliser des moyens coercitifs pour rechercher la preuve pénale dans le corps de l'individu, pour fouiller sa chair : l'inviolabilité du corps humain, d'habitude bien défendue dans le Code de procédure pénale, en prend ici un coup »¹⁷⁹³. Le prélèvement pourrait s'effectuer *manu militari*¹⁷⁹⁴, c'est-à-dire la police pourrait ligoter de force la personne récalcitrante et procéder à l'opération¹⁷⁹⁵. La mesure coercitive supprime ainsi la liberté de choix entre le prélèvement et le délit de refus. Quelle que soit la réponse de l'intéressé, l'opération aurait lieu. La personne est contrainte de subir une telle mesure et, en cas de refus, une peine pourrait être prononcée en se cumulant sans possibilité de confusion avec celles susceptibles d'être prononcées pour le crime ou le délit ayant fait l'objet de la procédure¹⁷⁹⁶. La législation française s'aligne ainsi sur les législations étrangères et sur la jurisprudence européenne. Cet alignement est encore flagrant depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, laquelle a transposé le prélèvement forcé en matière d'empreintes génétiques.

¹⁷⁹² Article 55-1, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

¹⁷⁹³ C. AMBOISE-CASTEROT, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *Mélanges JULIEN*, éd. Edilaix, 1993, p. 14.

¹⁷⁹⁴ C. PUIGELIER, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges Pradel. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 478.

¹⁷⁹⁵ G. FRANCOIS, *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et droit pénal*, Thèse, Paris I, 2004, n° 488, p. 586.

¹⁷⁹⁶ Article 706-47-2, alinéa 5 du Code de procédure pénale.

665.- Aux termes de l'article 706-56 du Code de procédure pénale « lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé, mais sur réquisitions écrites du procureur de la République ». Si certains ont pu considérer qu'il y aurait « quelque incohérence à créer un fichier destiné à recevoir obligatoirement les empreintes de toute une catégorie de personnes sans contraindre, dans le même temps, ces derniers à accepter les prélèvements correspondants »¹⁷⁹⁷, en pratique, la contrainte serait difficilement applicable. Elle serait susceptible d'entraîner de fortes tensions au sein des établissements pénitentiaires. Elle pourrait conduire à mettre en danger les personnes chargées de procéder au prélèvement surtout lorsqu'il est constaté que, la plupart du temps, il s'agit d'une femme, certes accompagnée des policiers pour créer une relation de confiance.

Il semble que le législateur ait pris conscience de la faillibilité de cette disposition, c'est pourquoi il l'a accompagnée des mesures pouvant être qualifiées de « chantage à la libération »¹⁷⁹⁸ qui paraissent beaucoup plus efficaces et adaptées aux circonstances que le délit de refus ou le prélèvement forcé. Le fait que le condamné soit informé que son refus entraîne le retrait de toutes les réductions de peine dont il a pu bénéficier et l'interdiction d'octroi de nouvelles réductions de peine¹⁷⁹⁹ l'inciterait davantage à se présenter volontairement pour subir un prélèvement. Le délit de refus ne pourrait avoir qu'un impact limité à l'égard des condamnés qui préféreraient subir une « peine supplémentaire » qu'accepter l'opération de prélèvement. C'est la conséquence de la prise de conscience que ces empreintes seraient destinées à alimenter le fichier ; la peur qu'en cas de récidive il ne soit trahi par celles-ci. La Cour d'appel de Pau a déclaré les dispositions de l'article 706-56 III du Code de procédure pénale contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a estimé que le retrait de plein droit des réductions de peine en cas de refus de prélèvement biologique constitue une atteinte au juge dans la mesure où il s'opère de plein droit sans qu'aucune juridiction pénale ne soit saisie¹⁸⁰⁰. Quoiqu'il en soit, l'individu est tenu de fournir les informations tirées de son corps.

¹⁷⁹⁷ M. ROBERT, « Le fichier national des empreintes génétiques », *Médecine et droit*, n° 34-1999, p. 17.

¹⁷⁹⁸ H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU, Société de législation comparée, 2006, p. 190.

¹⁷⁹⁹ Article 706-56-3 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁰⁰ Pau, 31 mars 2011, n° 10/00438 ; P. DE COMBES DE NAYVES, « Les faiblesses de la QPC et l'inconventionnalité de l'article 706-56 III du code de procédure pénale », *AJ Pén.* 2011, p. 250 ; M. LENA, « Non-conventionnalité du retrait de plein droit des réductions de peine en cas de refus de prélèvement biologique », *D. act.* 14 avr. 2011.

II. L'obligation de fournir des informations tirées de son corps

666.- La contrainte directe ou indirecte à l'opération de prélèvement en vue d'établir la réalité d'une infraction, d'une situation ou l'implication d'un individu s'articule mal avec le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La règle selon laquelle il appartient à l'autorité chargée de poursuites d'apporter la preuve de la culpabilité octroie à la personne mise en cause la faculté de collaborer ou non. Toutefois, cette faculté se transforme en une « obligation » pour un innocent qui devrait, dans cette hypothèse, contribuer à la manifestation de la vérité. De fait, la recherche de la vérité ne constitue pas un droit mais un objectif. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, dérivant du droit au silence, signifie que nul ne peut être contraint de fournir la preuve de son implication¹⁸⁰¹. La personne mise en cause se trouve ainsi protégée contre toutes sortes de pressions¹⁸⁰². Il ressort de ce constat que ce droit paraît, *a priori*, inconciliable avec le recours à la contrainte pour prélever les cellules du corps, qui oblige parfois la personne à apporter des preuves contre elle-même. Ainsi, l'obligation de fournir des informations tirées de son corps serait en porte-à-faux avec le droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁸⁰³. La personne est incitée à avoir une attitude active dans la recherche de la vérité en raison de la participation de son corps. Un tel mécanisme tendrait à faire de la recherche de la vérité un objectif qui primerait sur la présomption d'innocence et ses dérivés.

667.- Comme nous l'avons déjà précisé, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁰⁴. Dès lors, toute personne en bénéficie et ce malgré l'absence de sa reconnaissance explicite en droit interne. Saisie sur la question de la compatibilité du recours à la contrainte avec ledit droit, la Cour européenne des droits de l'homme, reprenant la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis en la matière¹⁸⁰⁵, considère que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est une composante du droit au silence¹⁸⁰⁶. Cette position limite le droit de ne pas contribuer à sa

¹⁸⁰¹ CEDH, 3 mai 2001, J.B c/ Suisse, *JCP* 2001, I, 342, obs. F. SUDRE.

¹⁸⁰² J. BUISSON, « Preuve », *Rép. pén. Dalloz*, 2003.

¹⁸⁰³ J.-R. DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, n° 352 et s, p. 182 et s.

¹⁸⁰⁴ CEDH, 25 févr. 1993, Funke c/ France, *D.* 1993, J. 457, note J. PANNIER ; *D.* 1993, SC 387, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP* 1999, éd. G, II, 22073, obs. R. et A. GARNON.

¹⁸⁰⁵ Cour suprême, 25 févr. 1957, Breithaupt c/ Abram : 77 S. Ct. 408 ; 352 U.S. 432 ; Cour suprême, 20 juin 1966, Schmerber c/ Etat de Californie : 86 S.Ct. 1826 ; 384 U.S. 757.

¹⁸⁰⁶ CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, *JCP* 1997, I, 4000, n° 18, obs. F. SUDRE ; *Rev. sc. crim.* 1997, 478, obs. R. KOERING-JOULIN ; *AJDA* 1997, 988, obs. J.-F. FLAUSS.

propre incrimination au seul témoignage oral, c'est dire que la personne ne bénéficie d'une protection que contre des pressions et des contraintes qui peuvent être utilisées.

Dès lors que le droit au silence « ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine, ainsi que les tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »¹⁸⁰⁷, le recours à la contrainte est alors possible. Or, si la personne ne peut subir des menaces l'obligeant à parler contre sa volonté, néanmoins, son corps peut être utilisé dans le but de prouver son innocence ou son implication. De ce fait, le corps devient un moyen de contourner voire d'écarter le droit au silence. En parlant à la place de la personne, le corps peut conduire à sa condamnation. Le cantonnement par la Cour européenne des droits de l'homme du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination aboutit à l'admission implicite d'une possible auto-incrimination. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que le droit au silence s'étend au silence du corps et « n'est pas limité au seul silence de la conscience »¹⁸⁰⁸. En l'occurrence toute personne à l'exception du témoin dispose de la faculté de mentir, et il appartient à la police judiciaire de vérifier la véracité des éléments récoltés. Le fait de s'opposer au prélèvement en vue d'établir la vérité fait partie de cette faculté. Or, recourir à la contrainte conduit à considérer que la personne peut mentir et, afin de vérifier la justesse de ses propos, la police est autorisée à faire parler le corps. Il est alors possible que ce dernier révèle des données que la personne n'aurait jamais dévoilées de son propre gré. La contrainte directe ou indirecte, en raison de l'atteinte portée au droit au silence corporel, ne peut être admise. Toutefois, cette position n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. La conception restrictive semble être approuvée par une partie de la doctrine qui, selon elle, « par le fait de donner du matériel cellulaire pour le test ADN le prévenu n'est pas contraint à témoigner contre lui-même ou à reconnaître ses fautes. Ce n'est pas le prévenu qui est forcé de parler, mais ce sont les faits qui parlent pour lui. Il est donc *communis opinio* que le principe *nemo tenetur* n'est applicable qu'aux déclarations orales et pas aux moyens coercitifs

¹⁸⁰⁷ CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, *JCP* 1997, I, 4000, n° 18, obs. F. SUDRE ; *Rev. sc. crim.* 1997, 478, obs. R. KOERING-JOULIN ; *AJDA* 1997, 988, obs. J.-F. FLAUSS.

¹⁸⁰⁸ G. FRANCOIS, *La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et droit pénal*, Thèse, Paris I, 2004, n° 496, p. 597 ; C. HENNEAU-Hubert, « Les tests d'identification génétique en matière pénale », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1998.804.

dans la procédure, qui ne sont pas destinés à faire déclarer le suspect »¹⁸⁰⁹. D'autres arguments sont aussi avancés pour renforcer cette position notamment celui de la célérité de la procédure. Le prélèvement, selon certains, favoriserait une procédure rapide dans l'établissement de la vérité. Il permettrait d'une part d'accélérer les investigations policières et d'autre part de contribuer à la protection de la personne contre une éventuelle erreur judiciaire.

668.- Pour notre part, nous considérons que le recours à la contrainte n'est envisageable qu'à l'égard de certaines personnes. Dès lors, il est nécessaire d'opérer une distinction. Une personne condamnée pour l'infraction en cause ne bénéficie plus de la présomption d'innocence et de ses dérivés. Il apparaît alors normal de procéder au prélèvement. Ayant déjà commis des infractions, la finalité est d'éviter que celles-ci se renouvellent et de suivre ses traces dans le cas de sa libération. A cet égard, le recours à la contrainte semble davantage justifié à l'égard d'une personne déjà condamnée ou auteur d'une infraction en attente du jugement qu'à l'égard d'un suspect qui bénéficie de la présomption d'innocence et de ses extensions. Il est à regretter de la part de la Cour européenne des droits de l'homme l'absence de distinction entre les différentes personnes susceptibles de subir une telle contrainte. Il n'empêche que les Etats ne sont pas tenus de s'aligner sur cette conception restrictive. Ils ont la possibilité de prévoir une législation beaucoup plus protectrice des individus. D'ailleurs, la recommandation du Conseil de l'Europe du 10 février 1992 prévoit que « lorsque le droit interne admet que des échantillons soient prélevés sans le consentement du suspect, un tel prélèvement ne devrait être effectué que si les circonstances de l'affaire exigent une telle mesure »¹⁸¹⁰. Pourtant, l'ensemble des législations internes semblent adopter la conception restrictive en prévoyant le recours à la contrainte¹⁸¹¹. Par exemple en France, la seule personne qui échappe à cette contrainte est le témoin puisqu'aucune sanction ne peut lui être imputée en cas de refus¹⁸¹².

¹⁸⁰⁹ J.-P. TAK et G. VAN EIKEMA HOMMES, « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 684 et 685.

¹⁸¹⁰ Recommandation n° R (92) sur l'utilisation des analyses d'ADN dans le cadre de la justice pénale, *RDPC* 1993, n° 4, p. 426.

¹⁸¹¹ J.-P. TAK et G.-A. VAN EIKEMA HOMMES, « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », *Rev. sc. crim.* p. 685 et s.

¹⁸¹² L'article 55-1 du Code de procédure pénale prévoit que si l'officier de police judiciaire peut procéder au prélèvement à l'encontre de suspect et témoin, néanmoins seul le suspect encourt des sanctions en cas de refus.

669.- En définitive, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'existe pas en matière de preuve biologique. Dès lors qu'on autorise le recours à la contrainte, on impose à la personne, par l'intermédiaire de son corps, de fournir la preuve sinon de sa culpabilité, du moins de son implication. En outre, il est également possible de contourner la volonté contraire de la personne en recueillant le matériel biologique naturellement détaché.

b. Le recueil de données naturellement détachées

670.- Il est dans la pratique policière, dans le cadre d'une enquête, de récolter sur la scène de l'infraction tous les éléments utiles à la procédure probatoire. C'est par ce travail que les policiers parviennent à établir la preuve de la culpabilité. Tout produit trouvé sur la scène de l'infraction est « présumé » abandonné. Par voie de conséquence, le consentement de la personne quant à sa destination et son utilisation n'est pas requis. Cette pratique peut-elle s'étendre aux cellules naturellement détachés du corps humain ? En d'autres termes, la police peut-elle utiliser des moyens détournés, c'est-à-dire en cas de refus de l'intéressé de se soumettre à l'opération de prélèvement, de saisir ses effets personnels ou objets en contact avec celui-ci ? En se fondant sur la distinction entre le consentement au prélèvement qui serait exigé et le consentement à l'identification à défaut d'une disposition législative expresse qui ne le serait pas¹⁸¹³, certains répondent par l'affirmative en considérant que la police judiciaire est en droit, en vue de contourner le refus au prélèvement, de saisir les effets personnels ou les objets laissés par la personne aux fins d'analyses. Alors que pour d'autres auteurs, il ne saurait y avoir une quelconque distinction ; le recueil préalable du consentement doit être obligatoire aussi bien au prélèvement qu'à l'analyse¹⁸¹⁴.

671.- La jurisprudence a eu à se prononcer sur la validité d'une analyse réalisée à partir des échantillons biologiques recueillis sans qu'un prélèvement direct sur l'intéressé ait été nécessaire¹⁸¹⁵. En l'espèce des policiers agissant sur commission rogatoire avaient entendu un témoin, puis récupérer le mégot de la cigarette fumée par celui-ci pour procéder à une comparaison. Pour rejeter le pourvoi fondé sur le fait que les policiers avaient remis en liberté la personne après avoir saisi le mégot, sans l'avoir informée de son utilisation précise à savoir la réalisation d'une analyse, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que

¹⁸¹³ A. GIUDICELLI, « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 609.

¹⁸¹⁴ F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Chronique de législation française en matière de droit privé », *RTD civ.* 2000, p. 654.

¹⁸¹⁵ Cass. crim., 30 avr. 1998, n° 98-80741 ; V. aussi Cass. crim., 9 juil. 2003, n° 03-82163.

« l'officier de police judiciaire a procédé, du consentement de l'intéressé, à la saisie d'un reste de cigarette que ce dernier venait de fumer, et dont l'analyse a permis de mettre en évidence une similitude d'empreinte génétique avec celle décelée également sur une cigarette trouvée sur les lieux de l'infraction ». Par cette décision la Chambre criminelle de la Cour de cassation étend largement la pratique policière de saisie de tout indice trouvé sur la scène de l'infraction aux données naturellement détachées du corps. Si la police judiciaire peut saisir tout objet laissé sur la scène de l'infraction sans consentement préalable, rien ne l'empêche, après avoir auditionné une personne, de saisir les objets laissés par cette dernière pour procéder à une analyse.

672.- La circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la Justice du 10 octobre 2000¹⁸¹⁶, en suggérant la réalisation possible de l'analyse d'un échantillon de matériel biologique qui serait naturellement détaché du corps humain, comme des cheveux trouvés sur un peigne, des traces de salive présentes sur un verre, à la condition que les circonstances permettent de s'assurer que cet échantillon provient bien de l'intéressé, approuve ainsi cette jurisprudence. Mais une telle affirmation ne porte-t-elle pas atteinte au principe de loyauté¹⁸¹⁷ ? Celui-ci interdit à celui qui administre la preuve, le recours à des stratagèmes ou ruses. Il pourrait être considéré que lorsque, pour contourner le refus au prélèvement, la police judiciaire provoque une perquisition dans le but de saisir les effets personnels de la personne ou propose une cigarette ou un verre d'eau pour ensuite récupérer les données pour les analyser use de procédés déloyaux¹⁸¹⁸. La libre volonté de l'individu se trouve annihilée. La preuve obtenue, en raison de l'utilisation de moyens détournés ne peut être admise. La seule exception concernerait la saisie d'objets laissés par la personne qui ne serait loyale qu'à condition que l'intéressé soit informé de son appréhension et de sa destination finale. En cas de refus par celui-ci, aucune analyse ne pourrait être réalisée à partir des échantillons détachés du corps. Ces considérations n'ont malheureusement pas été prises en compte par le législateur¹⁸¹⁹ qui a introduit à l'article 706-56 du Code de procédure pénale, un alinéa autorisant l'identification de l'empreinte génétique d'une personne, sans son

¹⁸¹⁶ Circulaire CRIM 2000-08 F1 présentant des dispositions relatives au Fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques.

¹⁸¹⁷ CH. FOSTAN, *Justice et génétique ; Contribution à l'étude de la génétique judiciaire et de la justice génétique*, Thèse, Nantes, 2000, p. 192.

¹⁸¹⁸ H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU, Société de législation comparée, 2006, p.191.

¹⁸¹⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

consentement, à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché de son corps. Cette disposition traduit un recul flagrant du consentement qui devient peu à peu l'exception.

673.- Ainsi, l'intéressé est tenu par tout moyen de consentir à l'opération. Cette situation peut inciter certains à procéder à des trucages. Par exemple, un condamné ayant refusé le prélèvement et sur lequel la contrainte ne peut être exercée, pourrait anticiper une éventuelle perquisition dans sa cellule en échangeant ses effets personnels avec ceux de ses voisins. Il en est de même pour un suspect qui pourrait introduire les cellules d'une tierce personne dans son corps ou dans son domicile¹⁸²⁰. Ces risques imposent à la police judiciaire une certaine vigilance dans la récupération de ces données. Pour éviter une telle tentation, le législateur sanctionne sévèrement le fait pour toute personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord¹⁸²¹. La volonté affichée semble de réduire la possibilité pour la personne d'échapper au prélèvement et à l'analyse aux fins de fichage.

674.- La preuve scientifique qui, à l'origine, n'avait qu'une influence limitée sur les modes de preuve apparaît à l'heure actuelle comme un paramètre important à la résolution des enquêtes. La constitution d'une base de données à des fins probatoire s'est avérée précieuse en vue de faciliter l'identification de son auteur.

§2. Le fichage

675.- Notre société est devenue une société de surveillance dans laquelle la préservation de l'anonymat des individus devient de plus en plus difficile. En fait, le fichage des individus est une pratique très ancienne. Qu'il concerne l'administration, la police judiciaire voire les renseignements généraux, le fichier constitue un instrument d'enquête. Il permet à l'évidence de conserver le passé. Lorsque le fichier était encore manuel, il était plus facile d'effacer le passé de la mémoire collective. Depuis l'automatisation du fichage, la question du droit à l'oubli se pose d'autant plus que les informations contenues dans ces différents fichiers

¹⁸²⁰ Le cas d'un médecin canadien, soupçonné de meurtre. Sachant qu'il allait faire l'objet d'un prélèvement sanguin, le médecin introduisit un type de sang d'une tierce personne dans sa peau pour éviter une coïncidence des échantillons. Seul le prélèvement capillaire permettra de mettre fin à ce trucage et le médecin finira par expliquer le montage.

¹⁸²¹ Avant dernier alinéa de l'article 706-56 du Code de procédure pénale.

peuvent être incomplètes ou erronées. Il est donc apparu que le développement de ces fichiers doit s'accompagner des garanties susceptibles d'éviter certaines dérives. La loi encadre strictement l'institutionnalisation des fichiers. Ainsi, la police judiciaire peut alimenter les fichiers des informations personnelles, mais celles-ci ne peuvent être consultées que par des personnes habilitées.

676.- La finalité première du fichage est d'accélérer l'investigation pénale. La conservation, le retraitement et le rapprochement des informations participent à la recherche de la preuve. Le fichage constitue une mémoire policière très puissante permettant d'épuiser les informations à caractère personnel. En raison d'atteinte portée aux droits et aux libertés de la personne, le fichage doit être subordonné à l'exigence de proportionnalité. Seules les infractions considérées comme graves ou complexes peuvent légitimer le fichage. Or, il est à observer un fichage quasi généralisé des infractions. Son champ d'application est de plus en plus large (A) comportant, toutefois, des nombreuses difficultés (B).

A. L'élargissement du champ d'application

677.- Les fichiers contiennent des données et des informations à caractère personnel, à cet égard il est à observer leur prolifération. La police judiciaire a à sa disposition un nombre important de fichiers dont les champs d'application matériel (1) et personnel (2) ne cessent de s'élargir.

1. Le champ matériel

678.- Il est évident que la police judiciaire doit garder en mémoire des informations concernant des individus connus de ses services. L'émergence de l'idée selon laquelle la traçabilité serait un moyen de confondre ou d'écarter l'implication de personnes dans la participation à des infractions conduit à démultiplier les fichiers¹⁸²². Ces derniers sont classés selon leur fonctionnalité¹⁸²³. Mais à bien y regarder, ces différents fichiers se recoupent d'une certaine façon.

¹⁸²² M. SCHWENDENER, « Les principaux fichiers de la police », *AJ Pén.* 2003, p. 21 et s ; Y. PADOVA et C. MOREL, « Droits des fichiers, droits des personnes », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2004, n° 10, p. 2 (1^{ère} partie) et 13 janv. 2004, p. 2 (2^{ème} partie).

¹⁸²³ On distingue les fichiers d'antécédents et les fichiers de traçabilité.

679.- Initialement, le fichage ne visait que les infractions constatées, à savoir tout crime, délit ou certaines contraventions de cinquième classe¹⁸²⁴. Apparaît déjà l'idée d'un fichage massif dans la mesure où toute infraction est, sauf exception, susceptible d'alimenter l'un des fichiers de police. Puis l'apparition des fichiers spécialisés va être un moyen d'élargir les infractions concernées¹⁸²⁵. En effet, certains fichiers ne vont s'intéresser qu'aux infractions sexuelles¹⁸²⁶. Toute autre infraction ne pouvait alimenter un tel fichier. Depuis, le législateur en a modifié le cadre : les infractions autres que sexuelles peuvent être centralisées dans ce fichier¹⁸²⁷. Un tel élargissement dépasse largement l'objectif théoriquement assigné au fichier. La finalité du fichage consisterait-elle à englober la « quasi totalité » des infractions ? Il semble qu'aucune infraction ne peut échapper au fichage puisque le législateur n'hésite pas à créer des fichiers dont la finalité consiste à appréhender les infractions qui ne sont pas prises en compte¹⁸²⁸. Cette idée se prolonge au niveau européen.

680.- Depuis la mise en place de la coopération policière au sein de l'Union européenne, il est possible pour les différentes polices nationales d'échanger des informations. La nécessaire traçabilité des individus aboutit à la création de nombreux fichiers parmi lesquels le système d'information Schengen (SIS)¹⁸²⁹. Celui-ci a été intégré dans le système français par un décret n° 95-577 du 6 mai 1995 relatif au système informatique national (N-SIS). Comme les autres fichiers, ce fichier peut centraliser les informations relatives à toutes sortes d'infractions¹⁸³⁰. Ainsi, le fait d'être condamné pour conduite d'un véhicule sans permis ou pour dépôt d'une demande d'asile sous une fausse identité est de nature à faire l'objet d'un signalement dans le fichier¹⁸³¹. Cette inscription est un motif de refus de délivrance de visa¹⁸³². Le fichage n'est

¹⁸²⁴ Le système de traitement des infractions constatées (STIC) créé par le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 modifié par le décret n° 2006-1258 du 14 octobre 2006, mis en œuvre par la police judiciaire et le système judiciaire de documentation et d'exploitation (JUDEX) créé par le décret n° 2006-1411 du 20 novembre 2006, mis en œuvre par les services de la gendarmerie.

¹⁸²⁵ Notamment le fichier automatisé des empreintes digitales (FAED), FICOBA pour les comptes bancaires, fichier des renseignements généraux, FPR pour les personnes recherchées, SALVAC et ANACRIM pour les crimes en série.

¹⁸²⁶ FNAEG pour les empreintes génétiques et FIJAIS pour les auteurs d'infractions sexuelles.

¹⁸²⁷ En particulier, le FNAEG (fichier national automatisé des empreintes génétiques) institué d'abord dans le cadre de la lutte contre les infractions sexuelles, il touche à l'heure actuelle un nombre important d'infractions autres que sexuelles.

¹⁸²⁸ Par exemple le futur fichier AJDRCD (application judiciaire dédiée à la révélation des crimes et délit en série). Fichier d'analyse sérielle, sa finalité sera de faciliter le rapprochement judiciaire des affaires imputables à un même auteur. Il enregistre des données relatives aux infractions contre les biens punies de plus de sept ans ou des infractions contre les personnes punies de plus de cinq ans d'emprisonnement.

¹⁸²⁹ Accord de Schengen du 14 juin 1985 ; Convention d'application du 19 juin 1990.

¹⁸³⁰ Article 3 du décret n° 95-577 du 6 mai 1995.

¹⁸³¹ C. SAAS, « Espace Schengen, liberté de circulation et juge communautaire », *D.* 2006, p. 1508.

donc pas un simple outil d'enregistrement, mais un véritable instrument de surveillance policière.

681.- Tel qu'envisagé, le fichage quasi généralisé des infractions paraît dangereux pour les libertés individuelles. Seules certaines infractions peuvent légitimer le fichage. Il pourrait être avancé la règle selon laquelle le fichage ne viserait que les infractions graves dont les critères seraient clairement définis. Les infractions d'une gravité moindre échapperaient au fichage. L'adoption d'un tel principe serait de nature à rendre les fichiers de police plus prévisibles et efficaces et répondrait à l'exigence de proportionnalité. En attendant cette clarification, le même problème se pose au niveau du champ personnel.

2. Le champ personnel

682.- Tel qu'apparu à l'origine, l'usage des données et des informations contenues dans les divers fichiers de police permet de « repérer le caractère sériel ou répété de certains actes de délinquance, d'effectuer des rapprochements relatifs aux horaires, aux lieux, aux modes opératoires ou au profil des auteurs ou de leurs victimes »¹⁸³³. En d'autres termes, le fichage sert à l'identification des individus déjà mis en cause par le passé¹⁸³⁴. Cette présentation supposerait que seules les personnes mises en cause dans une procédure pénale, c'est-à-dire à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission de ces infractions intéresseraient les fichiers policiers¹⁸³⁵. Cette exigence ne semble viser qu'une catégorie de personnes. *A priori* un simple soupçon ne saurait suffire pour justifier le fichage d'un

¹⁸³² CEJCE, 31 janv. 2006, Comm. CE c/ Espagne, aff. C-503/03 ; *AJDA* 2006, p. 229, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJ Pén.* 2006, p. 120. Il s'agissait, dans cette affaire, de deux ressortissants algériens mariés à des espagnoles mais résidant l'un en Irlande et l'autre au Royaume-Uni. Ils s'étaient vus refuser pour l'un la délivrance de visa et pour l'autre l'entrée sur la territoire espagnol. Pour justifier sa décision, l'Espagne s'appuyait sur leur signalement dans le système d'information Schengen faisant apparaître des condamnations pénales l'un pour conduite d'un véhicule sans permis, l'autre pour dépôt d'une demande d'asile sous une fausse identité. En affirmant la subordination de la convention d'application de l'accord Schengen au droit communautaire, la Cour de justice en conclut que les ressortissants d'Etats tiers bénéficiaires du droit communautaire figurant dans le système d'information Schengen bénéficient, malgré tout, du principe de la libre circulation des personnes. De ce fait, le refus par l'Espagne de la délivrance du visa et d'entrée sur son territoire méconnaît les exigences communautaires.

¹⁸³³ R. VEDEL, « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 67.

¹⁸³⁴ P.-Y. MAROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 62.

¹⁸³⁵ Cette condition est expressément prévue pour la plupart des fichiers notamment le STIC, JUDEX, FAED, FNAEG.

individu ; il doit y avoir des éléments objectifs de participation de la personne à la commission d'infractions constatées.

De contours flous, la notion de « personne mise en cause » va permettre à la police judiciaire d'élargir les personnes susceptibles d'être fichées. Toutes les personnes citées dans une procédure peuvent être enregistrées¹⁸³⁶ : cela peut concerner les suspects, les témoins, les victimes et les personnes condamnées. Contrairement au casier judiciaire, le fichage ne s'intéresse pas uniquement à des personnes condamnées définitivement, c'est-à-dire des personnes dont la culpabilité a été déclarée, il remonte « maintenant bien en amont de la peine pour en arriver à l'infraction ou à la suspicion d'infraction, que l'on soit présumé auteur, témoin ou même victime »¹⁸³⁷. S'opère un étrange glissement, le couple dangerosité/surveillance semble avoir succédé au couple culpabilité/punition¹⁸³⁸. Ce changement de paradigme se prolonge au niveau européen.

683.- A l'énoncé de l'article 3 du décret n° 95-577 du 6 mai 1995 relatif au système informatique national du système d'information Schengen (N-SIS), les personnes susceptibles d'être concernées par ce fichier sont les personnes recherchées pour arrestation aux fins d'extradition, les étrangers signalés aux fins de non-admission à la suite d'une décision administrative ou judiciaire, les personnes disparues et les personnes qui, dans l'intérêt de leur propre protection ou pour la prévention de menaces, doivent être placées provisoirement en sécurité, les personnes recherchées par l'autorité judiciaire pour la notification ou l'exécution d'une décision pénale. A aucun moment ce fichier ne fait référence à des condamnations. La finalité du fichage n'est donc pas celle qui est affichée¹⁸³⁹ ; l'usage concret du fichage réside dans la surveillance policière de la population¹⁸⁴⁰.

684.- Les fichiers de police ne sont pas visibles, c'est-à-dire la personne fichée n'est presque jamais informée de son fichage. Lorsqu'elle a pris connaissance d'enregistrement d'informations la concernant, la personne fichée va chercher à ne plus figurer dans les bases de données. Cependant, elle se trouve confrontée à de nombreuses difficultés.

¹⁸³⁶ C'est le cas des STIC, JUDEX, SALVAC et ANACRIM.

¹⁸³⁷ V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ Pén.* 2007, p. 420.

¹⁸³⁸ M. DELAMS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 19-23.

¹⁸³⁹ V. GAUTRON, « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pén.* 2010, p. 266.

¹⁸⁴⁰ V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ Pén.* 2007, p. 421.

B. Les difficultés engendrées

685.- Les dispositions en vigueur prévoient une procédure en faveur de la personne fichée. Si en théorie elle peut s'opposer (1), exiger une correction (2) et demander l'accès au fichier (3), en réalité ces demandes sont rarement suivies d'effet. Nombreux sont les obstacles qui découragent le déclenchement de la procédure. Au-delà, la faiblesse du contrôle d'accès et de consultation des fichiers favorise de détournement de la finalité des fichiers (4).

1. L'opposition

686.- L'opacité qui entoure les fichiers de polices rend difficile l'exercice des garanties accordées à la personne. La réglementation française encadre la possibilité pour la personne de s'opposer au fichage. Aux termes de l'article 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.

687.- Le principe est celui du droit d'opposition. Toute personne susceptible d'être fichée peut s'opposer. Cela suppose la connaissance par la personne, bien avant son fichage, de la finalité des informations détenues par la police judiciaire. Le droit d'opposition va de pair avec le droit d'information. L'exercice du premier ne devrait commencer qu'à partir de la mise en œuvre du second. La police judiciaire devrait informer la personne qu'elle s'apprête à centraliser les informations la concernant dans un fichier¹⁸⁴¹. Il reviendrait à la personne d'adopter un comportement soit de refus de fichage, soit son acceptation et le silence vaudrait acceptation tacite. Si l'on se réfère aux garanties prévues par le texte, le droit d'information se trouve élué¹⁸⁴². Sauf exception¹⁸⁴³, aucune obligation d'information de la personne susceptible d'être fichée n'est prévue. Cette absence d'information est un moyen de mettre la

¹⁸⁴¹ Le droit d'information est prévu par la loi. La personne doit être informée de certaines dispositions, notamment de la finalité du traitement, existence d'un droit d'opposition, d'accès et de rectification.

¹⁸⁴² La loi révoit des exceptions au droit d'information, notamment lorsque les informations sont recueillies pour la prévention, la recherche ou la poursuite d'infractions pénales. Aussi le droit d'information ne s'applique pas lorsque les données centralisées intéressent la sûreté, la défense ou la sécurité publique ou ayant pour objet l'exécution de condamnations pénales ou de mesures de sûreté. Etant donné que la finalité affichée du fichage correspond aux exceptions prévues, le droit d'information ne s'applique donc pas.

¹⁸⁴³ Le fichier automatisé des auteurs d'infraction sexuelle (FIJAIS) prévoit la notification du fichage et l'information à la personne fichée sur les obligations qui en résultent.

personne concernée dans une situation d'ignorance¹⁸⁴⁴ ; elle n'a aucun moyen de savoir qu'elle est fichée, donc elle ne peut exercer son droit d'opposition. Si certains justifient l'inexistence du droit d'information au motif que dans certaines enquêtes, cela serait impraticable sauf à mettre en péril leur efficacité¹⁸⁴⁵, il nous paraît que, dès lors que la finalité du fichage peut être autre que judiciaire¹⁸⁴⁶, l'information de la personne fichée devrait exister afin de lui permettre de bénéficier des garanties prévues par les textes. L'avantage que procure le droit d'information repose sur la connaissance par la personne de sa situation : elle sait qu'elle est fichée ou susceptible d'être fichée et il lui appartient de prendre les mesures adéquates pour mettre fin ou modifier les informations centralisées la concernant.

688.- En l'absence d'information, la personne découvre son fichage par hasard. C'est bien souvent lorsque le fichage a eu des conséquences sur sa situation personnelle ou professionnelle¹⁸⁴⁷. Ce n'est qu'à ce moment là que la personne cherche par tout moyen à exercer son droit d'opposition. Mais tout est prévu pour écarter sa demande. En effet, le dernier alinéa de l'article 38 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 précise que les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement. Ce qui est souvent le cas. Sauf exception, le droit d'opposition ne s'applique pas¹⁸⁴⁸. Cette position se trouve transposée au niveau européen.

689.- L'article 7 du décret n° 95-577 du 6 mai 1995 relatif au système informatique national du système d'information Schengen prévoit que le droit d'opposition prévu au premier alinéa de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 devenu article 38 ne s'applique pas au présent traitement. C'est principalement pour surveiller la population que l'on veut éviter la

¹⁸⁴⁴ V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ Pén.* 2007, p. 422.

¹⁸⁴⁵ A. BAUER et CH. SOULLEZ, *Les fichiers de police et de gendarmerie*, PUF, 2009, p. 89.

¹⁸⁴⁶ La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 et surtout le décret d'application n° 2005-1124 du 6 septembre 2005 ont étendu la possibilité pour l'administration de consulter les fichiers de police pour les enquêtes administratives.

¹⁸⁴⁷ V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ Pén.* 2007, p. 422 : « encore faut-il que la personne fichée sache qu'elle l'est, ce que bien souvent elle découvre au détour d'un refus d'embauche, d'habilitation ou de visa ».

¹⁸⁴⁸ Le droit d'opposition ne semble réellement exister qu'en cas du fichage à des fins commerciales et aussi pour la victime en ce qui concerne les fichiers STIC et JUDEX où la victime peut s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant soient conservées dans le fichier dès lors que l'auteur des faits a été condamné définitivement. Hormis ces quelques rares cas, l'usage des fichiers à des fins judiciaires neutralise le droit d'opposition.

connaissance par la personne de la centralisation dans un fichier des informations la concernant. Dès lors, l'usage du fichage par la police judiciaire va bien au-delà de sa finalité initiale, à savoir faciliter l'investigation pénale. Les garanties théoriquement prévues sont difficilement praticables. C'est également le cas de l'accès aux informations centralisées dans les fichiers.

2. L'accès

690.- Consciente du signalement de ses données dans les fichiers, la personne peut souhaiter connaître le contenu des informations centralisées à son sujet. Pour ce faire, elle peut user du droit d'accès. La personne faisant l'objet du fichage peut demander et obtenir la communication des données la concernant contenues dans les fichiers¹⁸⁴⁹. Il faut souligner que la procédure prévue pour accéder aux fichiers est variable selon la nature des informations détenues. Le droit d'accès peut être direct, c'est-à-dire la personne s'adresse personnellement au gestionnaire de fichiers, lequel lui transmet directement les données la concernant. Cette modalité de contrôle par accès direct vise une petite catégorie de fichiers. Cela concerne les fichiers qui n'intéressent pas la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique. Dès lors que les données enregistrées et leur transmission ne portent pas atteinte à l'une des finalités de fichiers, la communication d'informations enregistrées peut être transmise directement à la personne concernée. Ainsi, la Commission Nationale Informatique et des libertés (CNIL) a décidé que le droit d'accès direct doit bénéficier à toute personne ayant des données contenues dans le fichier national des empreintes digitales ainsi qu'au fichier national des empreintes génétiques dans la mesure où les données contenues dans le fichier et leur transmission ne portent pas atteinte à l'une des finalités de fichiers, à savoir la sécurité publique¹⁸⁵⁰. Il est vrai que les informations enregistrées dans ces fichiers intéressent le corps humain. Il est question de confondre une personne en cas de commission ou de réitération d'infractions en conservant les éléments de son corps. Les données détenues par la police judiciaire sont d'une sensibilité relative. Ces fichiers n'ont pas pour finalité implicite de surveiller toute la population mais une catégorie seulement. Les conséquences sur la situation personnelle ou professionnelle de la personne fichée sont mesurées. Les autorités étatiques s'appuient rarement sur ces fichiers pour en faire d'autres usages. En d'autres termes, ces fichiers n'ont, *a priori*, d'autres finalités que judiciaires. Cela explique sans doute que le droit

¹⁸⁴⁹ Article 39 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié.

¹⁸⁵⁰ CNIL, délibération n° 86-102 du 14 octobre 1986.

d'accès soit direct dans la mesure où la communication d'informations exclut tout risque d'atteinte à la finalité du traitement. Lorsque les données contenues dans les fichiers visent des informations autres que les cellules du corps, le droit d'accès devient indirect.

691.- Le droit d'accès indirect est le fait pour la personne fichée qui, pour obtenir communication des informations enregistrées la concernant, est tenue de s'adresser à une autorité intermédiaire en l'occurrence la CNIL. Cette dernière reçoit les données demandées en s'assurant que tous les éléments lui ont été donnés et les transmet à la personne fichée. Le droit d'accès indirect concerne la majorité des fichiers, il s'agit principalement des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique¹⁸⁵¹.

692.- Il est prévu une procédure avec des délais variables. En principe, lorsque la personne saisit la CNIL pour obtenir transmission des données la concernant enregistrées dans un fichier, celle-ci dispose d'un délai de quatre mois à compter de sa saisine pour faire connaître à la personne le résultat¹⁸⁵². La communication du contenu des données n'est pas systématique, elle dépend de la nature des informations détenues. La communication peut être refusée lorsque les données intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique. La question se pose de savoir qui peut être la personne qui apprécie le caractère communicable ou non des informations contenues dans un fichier. A l'évidence le gestionnaire du fichier qui dispose d'un délai de trois mois à compter de la réception de la demande de communication de la CNIL apparaît comme l'organe principal de l'appréciation du caractère communicable ou non. Cette mission ne peut lui être confiée que si cette autorité est totalement indépendante et impartiale pour éviter tout risque de soupçon. Il lui appartiendrait en son âme et conscience de déterminer si la transmission des informations enregistrées serait de nature à porter atteinte à la finalité du fichier. Or, la pratique montre l'absence d'indépendance ou d'impartialité du gestionnaire de fichier. Pour preuve, l'accès aux fichiers par des personnes non habilitées aux fins de détournement de leur finalité est un exemple parmi tant d'autres du manque de sérieux de gestionnaire de fichier¹⁸⁵³. L'appréciation du caractère communicable ou non des données enregistrées ne peut être

¹⁸⁵¹ Article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié.

¹⁸⁵² Article 87 du décret d'application n° 2005-1124 du 6 septembre 2005.

¹⁸⁵³ L'affaire Ali SOUMARE témoigne de l'utilisation malveillante des fichiers. En effet, Monsieur SOUMARE était candidat à l'élection régionale de 2010 et avait fait l'objet d'une campagne de diabolisation par ses adversaires, lesquels lui reprochaient d'être un délinquant multirécidiviste. Après enquête il fut établi que ces informations étaient partiellement erronées, et l'IGS avait établi que ces informations provenaient des fichiers de police, consultés à plusieurs reprises.

laissée à la seule appréciation du gestionnaire du fichier, l'intervention d'autres organes est nécessaire pour contrôler le travail du gestionnaire.

D'ailleurs, le juge administratif s'est déclaré compétent pour apprécier la nécessité de la transmission ou non des informations enregistrées¹⁸⁵⁴. Il incombe à l'administration, lorsqu'un recours est formé, de prouver que la transmission des données centralisées dans un fichier serait de nature à porter atteinte à la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique. La décision finale revient au juge administratif ; s'il considère que la communication des informations à la personne fichée est nécessaire, l'administration doit s'incliner en transmettant les données en dépit de sa réticence. Parce qu'il est à la fois indépendant et impartial, le juge administratif est plus à même d'apprécier le caractère communicable ou non des informations. Sa décision est de nature à apaiser les consciences en écartant tout soupçon d'arbitraire. Mais encore, la CNIL peut aussi apprécier le caractère communicable ou non des informations. En effet, depuis la loi du 6 août 2004 la CNIL peut, en collaboration avec le gestionnaire du fichier, constater que la communication des informations enregistrées ne porte pas atteinte à la finalité du traitement. Dans ce cas, aucun obstacle à ce que ces données soient transmises directement à la personne fichée n'existe¹⁸⁵⁵. Peut-on alors parler d'un droit d'accès direct ? Il s'agirait d'un droit d'accès « semi-direct » dans la mesure où la transmission du contenu d'informations détenues résulterait d'un commun accord entre le gestionnaire du fichier et la CNIL. La personne fichée est tenue de saisir la CNIL, elle n'est pas autorisée à s'adresser directement au gestionnaire du fichier même si, au final, la transmission des données pourrait s'effectuer par cette autorité.

693.- Par ailleurs, il est à noter que les délais impartis ne sont pas respectés. La raison en est que la CNIL ne dispose pas d'un personnel suffisant eu égard à l'augmentation croissante du nombre de demande d'accès indirect¹⁸⁵⁶. Cette situation a pour conséquence que les personnes doivent attendre longtemps pour prendre connaissance de la nature des informations contenues dans les fichiers¹⁸⁵⁷. Il n'est pas rare que la transmission d'informations tardive soit une cause de découragement de la poursuite de la procédure pour tenter de ne plus figurer

¹⁸⁵⁴ CE, Ass. 26 nov. 2002, Moon Sun Myung, n° 194295-219587.

¹⁸⁵⁵ Article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifié.

¹⁸⁵⁶ F. GIQUEL, « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 69 ; D. BATHO et J.-A. BENISTI, *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Assemblée Nationale, 2009, p. 139.

¹⁸⁵⁷ V. GAUTRON, « Usage et mésusage des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pén.* 2010, p. 267.

dans le fichier, ou du moins de mettre à jour les informations concernant la personne contenues dans le fichier. Or, ces données sont susceptibles d'être utilisées à d'autres fins que judiciaires, ce qui peut entraîner de lourdes conséquences.

694.- En fait, le droit d'accès indirect semble se justifier par le fait que les informations détenues sont « sensibles ». Avant que la personne en prenne connaissance, il est nécessaire d'apprécier leur teneur. En même temps, l'usage des fichiers est étendu à d'autres finalités. En raison du renforcement de la moralisation de certaines professions et le développement du secteur de la sécurité privée, les fichiers de police peuvent être utilisés lors des enquêtes administratives¹⁸⁵⁸. L'administration peut s'appuyer sur la présence du postulant pour refuser un agrément ou une habilitation. Cet usage a nécessairement un impact sur la situation personnelle ou professionnelle de la personne. Cette situation est également visible au niveau européen.

695.- Comme au niveau interne, l'article 6 du décret n° 95-577 du 6 mai 1995 prévoit un droit d'accès indirect. Et le simple fait de figurer dans le système d'information Schengen est un motif de refus de délivrance de visa, voire de refus d'entrée sur le territoire d'un Etat. Pourtant le fichage ne constitue pas un casier judiciaire. Il s'agit d'un outil présentant quelques imperfections : les informations contenues sont parfois manifestement mal fondées et nécessitent une mise à jour permanente, nécessaire à son actualisation. C'est la raison pour laquelle est prévue une procédure de rectification. Cependant, comme les autres procédures, celle-ci est confrontée à de nombreux obstacles.

3. La correction

696.- Lorsque la personne fichée a pris connaissance du contenu des informations enregistrées la concernant et constate des inexactitudes, elle peut les contester. En effet, l'article 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dispose que toute personne peut exiger que soient rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexacts, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite. Cela implique que les données collectées doivent faire l'objet d'un double contrôle. En amont de l'enregistrement, le

¹⁸⁵⁸ A. BAUER et CH. SOULLEZ, « Fichiers de police et de gendarmerie utilisés à des fins administratives : un meilleur contrôle pour une plus grande efficacité », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 70.

gestionnaire du fichier doit s'assurer que les informations détenues sont restées inchangées ; aucune modification n'a été constatée depuis le recueil des données. A l'issue de l'enregistrement, l'obligation de la mise à jour permanente doit peser sur le gestionnaire du fichier. Celui-ci doit agir d'office et non pas simplement attendre la demande de particuliers pour procéder à des corrections. Il en va de la fiabilité des informations contenues dans les fichiers. L'exercice de ce double contrôle est un facteur d'évitement des errements. Pour l'heure, ce double contrôle n'existe pas. De nombreuses irrégularités constatées poussent les personnes à déclencher cette procédure.

697.- En priorité, la correction des informations contenues dans les fichiers vise les informations inexactes ou incomplètes. La personne peut avoir été fichée simplement en raison de l'apparition de son nom à un moment donné dans l'enquête ou la procédure¹⁸⁵⁹. Au lieu d'attendre la cloture de l'enquête ou de la procédure, la police judiciaire peut se contenter de cette simple citation de la personne pour la ficher. Dans ce cas, les données contenues sont manifestement injustifiées ; l'issue favorable de l'enquête ou de la procédure ne risque pas d'être prise en compte par la police judiciaire pour corriger les données contenues. Aussi, il arrive qu'une personne soit fichée sans avoir jamais eu affaire à la police. Dès lors, les informations contenues dans les fichiers sont erronées¹⁸⁶⁰. Lorsque le fichage a des conséquences sur l'employabilité des individus¹⁸⁶¹, le fondement de la décision se base manifestement sur des données inexactes. S'il est utile de s'interroger sur la moralité de la personne avant de lui confier des fonctions sensibles, néanmoins le fichage ne saurait servir, à lui seul, de fondement à une décision défavorable. Les autorités compétentes doivent prendre en compte d'autres éléments déterminants dans l'octroi de la confiance.

698.- Par ailleurs, la correction des données centralisées dans les fichiers intéressent les informations périmées. En principe, les données contenues dans les fichiers ne peuvent être conservées au-delà d'un certain délai variable¹⁸⁶². Passée cette durée assez longue, les informations doivent en toute logique disparaître des fichiers. En pratique, il est à noter le maintien des données au-delà des durées prévues par la loi. Malgré la volonté étatique

¹⁸⁵⁹ Par exemple une mise en cause à tort.

¹⁸⁶⁰ V. GAUTRON, « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pén.* 2010, p. 268.

¹⁸⁶¹ Refus d'embauche ou licenciement injustifié.

¹⁸⁶² Pour le STIC et le JUDEX jusqu'à 40 ans pour le mis en cause, 15 ans pour les victimes. Pour le FNAEG 40 ans pour les condamnés, 25 ans pour les suspects. Pour le FIJAIS jusqu'à 30 ans après la fin de l'exécution de la sanction.

d'améliorer le fichage notamment par la mise en place d'un système d'apurement automatique¹⁸⁶³, de nombreuses données sont conservées de manière illégale en raison soit de dépassement du délai prévu, soit de l'absence de prise en compte de décisions favorables de personnes fichées. Afin de remédier à ces difficultés, la police judiciaire devrait être tenue de suivre la procédure jusqu'à son terme pour n'enregistrer que des faits considérés comme avérés et d'effectuer en cas d'omission du système automatique, un apurement manuel.

D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme relève, concernant la loi britannique de 2001 prévoyant le fichage systématique des personnes arrêtées, y compris innocentées avec ceux des coupables, le « risque de stigmatisation qui découle du fait que les personnes qui n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que des condamnées ». Le caractère « général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »¹⁸⁶⁴. La proportionnalité exige une durée de conservation des données. Une fois le délai écoulé, l'effacement des données est de droit¹⁸⁶⁵.

699.- En tout cas, la demande de correction peut être adressée au gestionnaire du fichier par l'intermédiaire de la CNIL ou du procureur de la République. Cependant la correction est loin d'être automatique. Lorsqu'ils reçoivent les demandes, la CNIL et le procureur de la République peuvent exiger la mise à jour ou l'effacement pour erreur ou manifestement non justifiées des données contenues dans les fichiers. L'influence du procureur de la République est beaucoup plus importante que celle de la CNIL. Le premier peut s'opposer à la correction

¹⁸⁶³ Le système CASSIOPEE permet de mettre à jour automatiquement en supprimant les données ayant dépassé le délai prévu.

¹⁸⁶⁴ CEDH, 4 déc. 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et n° 30566/04 ; *AJ Pén.* 2009, p. 81, note G. ROUSSEL ; *Rev. sc. crim.* 2009, p. 182, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RFDA* 2009, p. 741, note S. PEYROU-PISTOULEY.

¹⁸⁶⁵ CEDH, 17 déc. 2009, *Bouchacourt c/ France*, n° 5335/06 ; *D.* 2010, p. 93, obs. K. GACHI ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 239. Concernant la durée de conservation des données personnelles prévue dans le FIJAIS, la Cour européenne des droits de l'homme estime que la durée de 20 ou 30 ans prévue selon les cas n'est pas excessive ni disproportionnée eu égard à la légitimité de l'objectif poursuivi par ces mesures. Elle souligne que la personne a la possibilité de recourir à une procédure d'effacement.

et la possibilité est offerte à la personne fichée de contester la décision¹⁸⁶⁶. La CNIL semble dépourvue d'un véritable pouvoir de contrôle et de vérification de l'usage des fichiers. Son droit de regard se révèle insuffisant pour garantir les droits et les libertés individuelles¹⁸⁶⁷. Il nous semble nécessaire de renforcer le pouvoir de contrôle de la CNIL. Si elle ne peut s'opposer à la constitution des fichiers, elle devrait néanmoins, au nom de la protection des libertés individuelles, disposer d'un véritable pouvoir d'injonction aux gestionnaires des fichiers. La demande faite par la CNIL devrait être immédiatement suivie d'effet, en particulier la systématisation de la procédure d'information et l'automatisation d'effacement de données erronées ou manifestement injustifiées. En outre, il devrait être exigé des gestionnaires des fichiers de veiller au strict respect de la loi en ce qui concerne la durée de conservation, la mise à jour permanente et la consultation des fichiers.

4. La consultation

700.- L'accès aux fichiers de police répond à un certain nombre d'exigences prévues par les textes. Seule une catégorie de personnes bien identifiée est habilitée à consulter les fichiers¹⁸⁶⁸, et l'usage des données contenues dans les fichiers est strictement réglementé. La finalité du fichage est de servir dans le cadre d'enquêtes judiciaires et administratives¹⁸⁶⁹. L'usage du fichage à d'autres fins que celles formulées par les dispositions législatives ou réglementaires est illégal, le « fautif » devrait être sévèrement sanctionné¹⁸⁷⁰. Cela implique un strict contrôle d'accès et de consultation. C'est la raison pour laquelle l'accès ou la consultation de certains fichiers¹⁸⁷¹ s'accompagne de l'enregistrement de l'identifiant, de la date et de la nature de l'interrogation. A moins de faire l'objet d'usurpation d'identifiant, il

¹⁸⁶⁶ En matière de rectification, toute personne identifiée dans le STIC, *a fortiori* dans le JUDEX peut demander la rectification ou la suppression de la fiche la concernant en s'adressant au procureur de la République territorialement compétent ou au procureur général près la cour d'appel en cas de décision prononcée par cette juridiction. Pour le FNAEG, la demande de rectification doit s'adresser au procureur de la République. En cas de refus, la personne fichée peut saisir le juge des libertés et de la détention dont la décision pourra aussi être contestée devant la chambre d'instruction : Articles R. 53-13-1 et R. 53-13-2 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁶⁷ O. DUFOUR, « La CNIL réclame des moyens supplémentaires », *LPA* 2 mai 2005, n° 86, p. 3.

¹⁸⁶⁸ L'article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 précise que les personnels habilités des services de la police et de la gendarmerie nationales ainsi que ceux de l'Etat investis par la loi d'attributions de police judiciaire, notamment les agents des douanes, peuvent accéder aux informations, y compris nominatives, figurant dans les traitements de données personnelles prévus par le présent article et détenus par chacun de ces services.

¹⁸⁶⁹ Initialement, l'usage du fichage relevait de finalités de police judiciaire. La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et la loi n° 2003-239 ont étendu l'usage des fichiers aux enquêtes administratives préalables au recrutement ou à l'agrément de certaines professions. Le décret d'application n° 2005-1124 du 6 septembre 2005 a étendu les consultations.

¹⁸⁷⁰ A. BAUER et CH. SOULLEZ, « Fichiers de police et de gendarmerie utilisés à des fins administratives : un meilleur contrôle pour une plus grande efficacité », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 73.

¹⁸⁷¹ Cela concerne le STIC ou le JUDEX.

serait difficile pour le consultant, en cas de détournement de finalité des fichiers, d'échapper à son identification. Cette exigence apparaît alors comme un moyen de connaître précisément les personnes ayant accédé ou consulté les différents fichiers dans le but d'éviter certains abus.

701.- Avec cette sécurisation d'accès et de consultation des fichiers, il serait tentant d'avancer qu'il serait désormais impossible pour la police judiciaire d'utiliser les fichiers à des fins autres que celles prévues par la loi ou le règlement. Pourtant, il est à observer des détournements de la finalité des fichiers¹⁸⁷². En raison de consultations injustifiées, des données contenues dans les divers fichiers se retrouvent entre les mains de personnes relevant d'entreprises privées. La pratique consiste, pour des policiers reconvertis en détectives privés, à faire appel à leurs anciens collègues toujours en fonction pour leur fournir des informations contenues dans ces fichiers. Parfois même certains policiers véreux n'hésitent pas à monnayer les informations¹⁸⁷³. Les données transmises sont ainsi détournées de leur finalité et se trouvent être utilisées à des fins autres que celles exigées.

702.- En définitive, le système de traçabilité des consultations, en dépit de son perfectionnement, ne suffit pas à canaliser la tentation policière dans le détournement de la finalité des fichiers. Certains suggèrent, pour sécuriser l'accès et la consultation, l'utilisation de la biométrie¹⁸⁷⁴. Cette introduction limiterait certainement des consultations illégales, mais ne suffirait pas à mettre fin à de détournements de finalité. C'est en amont de la consultation que provient le risque de dérives. La solution ne serait-elle pas de renforcer le contrôle lors de l'accès ? Le gestionnaire des fichiers devrait exiger des policiers d'apporter des éléments justifiant la consultation. A défaut, le gestionnaire serait en mesure d'opposer un refus. Cette solution, certes radicale, aurait au moins le mérite de mettre fin à toute utilisation personnelle des fichiers, *a fortiori* à tout détournement de leur finalité.

¹⁸⁷² V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 60.

¹⁸⁷³ Poursuite en 2006 par le parquet de Meaux de deux gendarmes retraités pour revente à Eurodisney des données fournies par un ancien collègue ou encore le système de surveillance illégal des employés mis en place au sein d'Ikea. Le canard enchaîné révèle en 2012 que des policiers fournissaient des informations contenues dans le fichier STIC, contre rémunération, à des détectives privés pour « fliquer » des salariés et des clients de l'entreprise IKEA.

¹⁸⁷⁴ R. VEDEL, « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 66.

703.- L'acceptation du fichage par le plus grand nombre dépend de sa transparence. Naturellement, il s'agit d'un système discret, opaque, dans lequel la personne fichée se trouve en totale ignorance. C'est cette situation qui conduit les individus à montrer une certaine méfiance à l'encontre d'un outil susceptible d'avoir des conséquences néfastes sur leur vie. C'est pourquoi il nous semble que des véritables contre-pouvoirs doivent être prévus pour rassurer les citoyens. Les exigences de sécurité ne sauraient justifier des atteintes aux libertés individuelles sans aucun contrôle. Dès lors que le fichage se révèle être un outil de facilitation de résolution d'enquêtes, l'intérêt de la police commande l'acceptation de l'immixtion d'un organe de contrôle indépendant, qui apparaît aux yeux des individus comme un instrument modérateur des atteintes à leurs libertés. La confiance dans les seuls organes étatiques apparaît insuffisante pour faire accepter le fichage.

La métamorphose de la proportionnalité est encore flagrante à travers la normalisation de l'exception.

SECTION II : LES CONSEQUENCES DE LA METAMORPHOSE

704.- La finalité des règles dérogatoires au droit commun est de renforcer les pouvoirs d'investigation des services de police, mais ce renforcement se fait au détriment des libertés individuelles. C'est pourquoi dès son intégration dans la procédure pénale française, le champ d'application des dispositions d'exception se trouve restreint à des infractions bien spécifiques. Il s'agit, pour la plupart, des infractions d'une particulière gravité impliquant une certaine organisation¹⁸⁷⁵. En dehors de ces cas spécifiques, la « quasi totalité » d'infractions repose sur le droit commun de la procédure. Toutefois, cette situation ne va durer qu'un temps. Depuis son instauration, les dispositions d'exception ne cessent de grignoter du terrain au droit commun en englobant un nombre important d'infractions. Depuis lors, la portée générale des règles d'exception dépasse largement les contours de leur existence même. Elles ne sont plus restreintes au « domaine qui a politiquement justifié leur adoption »¹⁸⁷⁶, à savoir la lutte contre la criminalité grave et organisée. Progressivement, l'amplification de la dimension dérogatoire des règles débouche sur la transformation de ces dernières en droit commun¹⁸⁷⁷. Par son ampleur, le phénomène ouvre la voie à la normalisation de l'exception¹⁸⁷⁸. A cet égard, il est à constater une normalisation à la fois explicite (§1) et implicite (§2) de l'exception.

§1. La normalisation explicite de l'exception

705.- Le phénomène de normalisation est l'œuvre du législateur. La volonté d'adopter des dispositions de circonstances consistant à répondre au coup par coup à la criminalité a eu pour conséquence de rendre illisible la frontière entre les règles de droit commun et celles dérogatoires au droit commun. La liste des infractions pouvant bénéficier de la procédure d'exception ne cesse de s'allonger en allant jusqu'à inclure des infractions normalement considérées comme relevant de la procédure de droit commun. La normalisation de

¹⁸⁷⁵ Tels sont les cas de terrorisme, trafic de stupéfiants, proxénétisme et les infractions relevant des articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁷⁶ M.-L. CESONI (dir.), « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception ; Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 50.

¹⁸⁷⁷ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 26.

¹⁸⁷⁸ M.-L. CESONI (dir.), « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception ; Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 3.

l'exception serait-elle alors un moyen de renforcer les prérogatives de la police en vue de poursuivre toutes les infractions quelle que soit leur nature. Ce qui explique que l'élargissement du champ d'application des règles dérogatoires (A) aboutit finalement à sa généralisation en droit commun (B).

A. L'élargissement du champ d'application des règles dérogatoires

706.- La justification de l'introduction des dispositions dérogatoires au droit commun est de lutter contre la criminalité et la délinquance graves et organisées. Afin de circonscrire leur application, les infractions sont à la fois expressément nommées et confinées dans une liste. Toutefois, l'accroissement des procédures dérogatoires s'accompagne de l'élargissement de la liste des infractions censées déclencher une telle procédure. En d'autres termes, le champ d'application des règles d'exception s'étend à des infractions considérées jusqu'alors comme relevant du droit commun.

Ainsi, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, une loi de circonstance qui introduit, pour réagir face aux attentats du 11 septembre 2001, des dispositions à caractère temporaire pour faciliter la recherche des infractions spécifiques en premier lieu les infractions liées au terrorisme. L'article 23 de ladite loi avait instauré à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale des mesures particulières des visites de véhicules et des contrôles d'identités. La police judiciaire pouvait, sur réquisitions écrites du procureur de la République, procéder à des recherches et de poursuites des actes de terrorisme, des infractions en matières d'armes et d'explosifs, des infractions de trafic de stupéfiants, procéder aux contrôles d'identité et à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public. Dès lors, la mesure ne peut être déclenchée pour n'importe quelle infraction. Seules les infractions limitativement énumérées par la loi justifient la mise en œuvre d'un tel procédé. Le champ d'application de cette règle dérogatoire se trouve limité à des infractions bien spécifiques. Celles-ci sont, depuis longtemps, considérées comme particulièrement graves. C'est pourquoi en dehors de ces catégories particulières d'infractions, l'autorisation d'une telle opération constitue une cause de nullité de la procédure. Toutefois, l'élargissement de la liste des infractions semble rendre inopérante le principe énoncé.

707.- La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure amplifie la dimension dérogatoire des règles¹⁸⁷⁹. Les infractions qui étaient jusqu'alors considérées comme relevant du droit commun reçoivent l'application d'une telle mesure d'exception. Désormais les opérations énoncées précédemment, à savoir la visite des véhicules et contrôles d'identité peuvent aussi être autorisés aux fins de recherche et de poursuite des infractions de vol et de recel. Il nous semble que celles-ci paraissent, sauf circonstances particulières, insuffisantes pour justifier l'application d'une mesure dérogatoire. Or la disposition législative ne fait pas expressément référence à ces circonstances particulières susceptibles de répondre à l'objectif initial, c'est-à-dire la lutte contre des infractions particulières. Bien au contraire, elle semble appliquer les opérations aux infractions « générales » de vol et de recel. Peu à peu, la liste des infractions relevant d'une procédure dérogatoire s'étend au détriment des infractions de droit commun. L'objectif de lutte contre des infractions d'une nature particulière s'efface au profit de la lutte « généralisée » de toutes les infractions.

708.- La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 organise une procédure dérogatoire commune pour la criminalité organisée¹⁸⁸⁰. Des règles procédurales dérogatoires sont prévues, tendant à renforcer les pouvoirs d'investigation de la police. Seules les infractions relevant de cette forme particulière de criminalité¹⁸⁸¹ justifient la mise en œuvre des opérations de surveillance et d'infiltration, la sonorisation et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, les interceptions de télécommunication pendant l'enquête. Pourtant, l'article 5 de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption élargit le champ d'application des règles dérogatoires en autorisant leur application aux infractions de corruption et de trafic d'influence¹⁸⁸². Une telle extension conduit à faire échapper ces infractions de la procédure de droit commun pour les intégrer dans la procédure dérogatoire. Il est à rappeler que les règles dérogatoires n'ont, à l'origine, été admises que parce qu'elles tendaient à faciliter la lutte contre la criminalité et la délinquance graves et organisées. Seul cet objectif avait légitimé leur instauration en procédure pénale. Sous couvert de la lutte

¹⁸⁷⁹ Cette loi supprime le caractère temporaire et pérennise le dispositif issu de la loi du 15 novembre 2001.

¹⁸⁸⁰ E. VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pén.* 2004, p. 181 ; F. MOLINS, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités », *AJ Pén.* 2004, p. 177 ; H. VLAMYNCK, « Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes », *AJ Pén.* 2004, p. 197.

¹⁸⁸¹ Articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁸² Les dispositions dérogatoires sont également prévues pour l'escroquerie commise en bande organisée. C'est aussi le cas de l'article 46 de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon qui prévoit l'application des opérations de surveillance et d'infiltration aux infractions liées à la contrefaçon et réalisées en bande organisée.

contre des infractions spécifiques, les règles dérogatoires seraient-elles devenues un prétexte pour faciliter l'obtention de la preuve de toutes les infractions sans aucune distinction ? Certains parlent de « dérive »¹⁸⁸³ de la procédure pénale. La multiplication continue des règles d'exception et son extension à des simples infractions de droit commun « marginalise le modèle procédural de droit commun »¹⁸⁸⁴. Le phénomène d'accroissement des règles dérogatoires conduit finalement à sa généralisation en droit commun.

B. La généralisation des règles dérogatoires en droit commun

709.- Il est incontestable que les règles dérogatoires imprègnent le droit commun de la procédure. Au-delà de leur application à des infractions de droit commun, elles assoient leur influence en devenant au fil du temps les règles de droit commun. C'est ainsi que la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et autres atteintes à la sûreté de l'Etat¹⁸⁸⁵ avait introduit des dispositions dérogatoires, parmi lesquelles la possibilité pour la police judiciaire de passer outre le consentement de la personne aux fins de perquisition en matière terrorisme dans le cadre de l'enquête préliminaire. Toutefois, l'introduction domiciliaire ne pouvait se réaliser que sur la permission du président du tribunal de grande instance, et depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 sur celle du juge des libertés et de la détention, sur la requête du procureur de la République¹⁸⁸⁶. En dehors du terrorisme, l'obligation était faite à la police judiciaire d'obtenir l'assentiment préalable de l'intéressé en matière d'enquête préliminaire. C'est donc la lutte contre des infractions spécifiques qui fonde l'instauration des dispositions dérogatoires, ce qui explique l'extension de ces dernières par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 aux infractions en matière d'armes, explosifs et matériels de guerre, ainsi qu'aux crimes et délits relatifs au trafic de stupéfiants¹⁸⁸⁷. C'est toujours la même finalité que poursuit le législateur, laquelle se caractérise par la recherche et la poursuite des formes particulières d'infractions. Cet objectif est à l'heure actuelle expressément affirmé.

710.- La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 prévoit des règles dérogatoires pour les infractions relevant de la criminalité organisée. La disposition spécifiquement dérogatoire, précédemment

¹⁸⁸³ CH. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 644.

¹⁸⁸⁴ D. THOMAS, « L'évolution de la procédure française contemporaine : la tentation sécuritaire », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 68.

¹⁸⁸⁵ *JO* 10 sept. 1986, p. 10956.

¹⁸⁸⁶ Ancien article 706-24 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁸⁷ Ancien article 76-1 du Code de procédure pénale.

énoncée, s'applique désormais à la délinquance et criminalité organisées¹⁸⁸⁸. Jusqu'alors, le législateur ne semble pas déroger à l'objectif initial de la mise en œuvre des dispositions dérogatoires : elles ne peuvent s'appliquer qu'à un nombre et catégorie bien particulière d'infractions. Il s'agit pour la plupart des infractions ayant pour point commun la nécessité d'une certaine organisation et leur commission en bande. Toutes les infractions qui ne remplissent pas ces conditions ne peuvent en principe se voir appliquer ces règles spécifiques. Pourtant, la même loi du 9 mars 2004 semble passer outre ces impératifs. En faisant de la règle spécifique de l'absence de consentement la règle de droit commun de perquisition pour tout délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans¹⁸⁸⁹, la règle dérogatoire dépasse ainsi largement le contours de la délinquance et criminalité organisées. Dorénavant, toute infraction est susceptible de justifier la mise en œuvre d'un tel dispositif dès lors que la condition de la peine est remplie. L'objectif n'étant plus de lutter contre certaines formes spécifiques d'infractions qui étaient jusqu'alors la justification de l'instauration de la mesure, mais de lutter contre toutes les infractions. Dans ce contexte, la règle dérogatoire se substitue à la règle de droit commun¹⁸⁹⁰ pour devenir la règle applicable à toutes les infractions dont la peine encourue est égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement.

L'application généralisée des règles dérogatoires à des infractions relevant de la procédure de droit commun contribue à l'effacement progressif de l'idée que les dispositifs exceptionnels « sont rendus indispensables par les impératifs de la lutte contre la criminalité organisée, et plus récemment contre le terrorisme, c'est-à-dire des phénomènes considérés mettre en danger nos démocraties »¹⁸⁹¹. Le fondement véritable de ces mesures repose sur la lutte contre tout fait infractionnel quelle que soit sa nature, ce qui justifie qu'une telle démarche puisse légitimer le dispositif de droit commun de visite des véhicules inspiré de celui de contrôle d'identité.

711.- La police judiciaire est autorisée à procéder à des opérations de contrôle d'identité ou visite de véhicules « lorsqu'il existe à l'égard d'un conducteur ou passager une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenter de commettre un crime ou un délit

¹⁸⁸⁸ Articles 706-90 et suivants du Code de procédure pénale.

¹⁸⁸⁹ Article 76, alinéa 4 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁹⁰ CH. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 651.

¹⁸⁹¹ M.-L. CESONI (dir.), « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 50.

frasant »¹⁸⁹² ou pour « prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens »¹⁸⁹³. La police judiciaire est assurée de poursuivre toute infraction peu importe sa nature. De la sorte, une règle de droit commun peut servir de fondement à la poursuite des formes spécifiques d'infractions¹⁸⁹⁴. Cette situation conduit certains à parler de « confusion entre la procédure de droit commun et des procédures spéciales dans un système dont la complexité et l'incohérence entraînent l'illisibilité »¹⁸⁹⁵. La normalisation de l'exception tend à remettre en cause l'existence de la dualité de la procédure pénale dès lors que les règles de droit commun et celles dérogatoires s'appliquent à toutes les infractions parfois même sans que le législateur ait expressément autorisé un tel renforcement.

§2. La normalisation implicite de l'exception

712.- Les bases de l'accroissement des règles d'exception ont toujours reposé sur des dispositions législatives explicites. L'idée que la légitimation de tels procédés ne peut se fonder que sur la lutte contre de formes spécifiques d'infractions implique sinon la nomination de celles-ci, du moins leur encadrement dans une liste. Jusqu'alors, les moyens trouvés pour contourner ces deux obligations ont consisté en l'extension des règles dérogatoires au droit commun et ce de façon expresse. Pour l'heure, le législateur semble implicitement instaurer, en droit commun de la procédure, des normes dérogatoires pour appréhender tout fait infractionnel. Cette normalisation se caractérise par l'extension du champ dérogatoire au droit commun hors de tout contexte de délinquance et criminalité graves et organisées (A) et par l'amplification implicite de la dimension dérogatoire des règles (B).

A. L'extension du champ dérogatoire au droit commun hors référence à la délinquance et criminalité graves et organisées

713.- Avec un champ d'application imprévisible, les règles d'exception semblent désormais être adoptées avec pour objectif implicite d'appréhender toute infraction quelle que soit sa nature. Si les impératifs de lutte contre la délinquance et criminalité graves et organisées ont justifié la mise en œuvre des dispositions spécifiques, il convient d'observer que la

¹⁸⁹² Article 78-2-3 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁹³ Article 78-2-4 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁹⁴ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 40.

¹⁸⁹⁵ D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale : la tentation sécuritaire », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 61.

suppression de ces impératifs conduit à une application large des dispositions. Ainsi, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne contenait des dispositifs à caractère temporaire pour faciliter la recherche des infractions terroristes. L'article 29 de ladite loi instaure l'obligation pour les opérateurs téléphoniques de conserver les données techniques de télécommunication et de les transmettre sur demande aux autorités judiciaires¹⁸⁹⁶. Cette obligation n'était donc possible qu'en matière de terrorisme ; pour toutes les autres infractions, les opérateurs étaient libres de conserver ou non ces données techniques. Pourtant, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 qui est venue pérenniser la mesure ne fait plus expressément référence au terrorisme. L'obligation est désormais faite aux opérateurs de conserver certaines données techniques pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales¹⁸⁹⁷. La mesure est destinée à s'appliquer à toutes les infractions alors même que sa justification initiale se fondait sur la lutte contre le terrorisme. La disposition spécifique va implicitement s'appliquer à toutes les infractions y compris celles relevant du droit commun. Partant, elle devient la disposition de droit commun, cette fois-ci, de façon implicite.

714.- Dès lors que les règles d'exception renforcent les pouvoirs d'investigation des enquêteurs, l'objectif du législateur est de les étendre aux infractions de droit commun. Comme il ne peut les faire de manière explicite qu'au coup par coup, il a trouvé un moyen plus simple d'accélérer ce phénomène en prévoyant des dispositions aux contours flous. Si la lutte contre le terrorisme apparaît comme l'objectif initial, en réalité, l'objectif final est d'appréhender toutes les formes d'infractions sans distinction aucune. La mise en avant de la lutte contre des formes particulières d'infractions paraît agir comme « justification pour adopter des mesures de type exceptionnel, mais destinées dès le départ à être bien plus largement appliquées »¹⁸⁹⁸. En d'autres termes, la lutte contre la délinquance et criminalité graves et organisées qui légitime des dispositions spécifiques sert de prétexte au renforcement des prérogatives policières dans la lutte « générale » contre la délinquance et criminalité. La seule justification valable de l'introduction des règles dérogatoires serait d'assurer une

¹⁸⁹⁶ Cela concerne certaines données techniques telles que l'identification des personnes et les caractéristiques techniques des communications à l'exclusion expresse de leur contenu.

¹⁸⁹⁷ Article L. 32-3-1 Code des postes et télécommunications devenu article L. 34-1 du même code par la loi n° 2004-669 du 10 juillet 2004.

¹⁸⁹⁸ M.-L. CESONI (dir.), « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 50.

certaine efficacité des enquêtes et non pas de combler les lacunes législatives dans l'appréhension des infractions spécifiques.

715.- Le législateur s'efforce de donner à la police judiciaire les moyens nécessaires pour faciliter la recherche des multiples infractions. Des mesures qui apparaissent efficaces en matière d'infractions particulières s'étendent à la « quasi » totalité d'infractions. C'est ainsi que les articles 25 et 26 la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 étendent temporairement en matière de lutte contre les infractions terroristes les éventualités de fouilles des colis, bagages et des véhicules en donnant compétence aux agents de police judiciaire et aux agents de police judiciaire adjoints. Cette mesure qui est pérennisée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 est reprise par le Code de l'aviation civile¹⁸⁹⁹ et le Code des ports maritimes¹⁹⁰⁰. Toutefois, cette insertion ne fait plus expressément référence au terrorisme, mais se contente de justifier la mesure par l'objectif « d'assurer la sûreté des vols et la sécurité des transports maritimes ». Une fois encore, le champ dérogatoire se trouve étendu au droit commun hors de tout contexte de terrorisme¹⁹⁰¹. L'objectif implicitement affirmé est de lutter contre le caractère protéiforme de la délinquance et criminalité. Ce mécanisme conduit aussi à amplifier la dimension dérogatoire.

B. L'amplification de la dimension dérogatoire

716.- Si aujourd'hui le développement technologique imprègne toute la procédure, il convient de noter que le domaine d'application de certains dispositifs s'est trouvé, pendant un moment, limité à certaines infractions d'une nature particulière. Sous couvert de la lutte contre les infractions liées au terrorisme, l'article 32 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 autorisait, à titre temporaire, l'organisation d'auditions, d'interrogations et de confrontations par des moyens de télécommunication. Ce dispositif n'était permis que pour la lutte contre le terrorisme alimenté notamment par le trafic de stupéfiants et les trafics d'armes¹⁹⁰². Seules ces infractions spécifiques justifiaient l'usage des moyens de télécommunication. En dehors de cette liste limitativement énumérée, il n'était pas autorisé de mettre en œuvre un tel procédé. Néanmoins, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 qui pérennise la mesure « va être lue comme concernant toutes les infractions pénales puisqu'elle ne contient pas elle-même la

¹⁸⁹⁹ Article L. 282-8 du Code de l'aviation civile.

¹⁹⁰⁰ Article L. 323-5 du Code des ports maritimes.

¹⁹⁰¹ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 39.

¹⁹⁰² Article 22 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001.

détermination d'un champ d'application plus restreint »¹⁹⁰³. La référence au terrorisme est tout simplement supprimée. En effet, l'article 706-71 du Code de procédure pénale¹⁹⁰⁴ permet l'utilisation des moyens de télécommunication au cours de la procédure aux fins d'auditions, interrogatoires et des confrontations lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient. Il est ainsi amplifié la dimension dérogatoire des règles en permettant la police judiciaire d'utiliser ce dispositif pour toute infraction. Les règles initialement dérogatoires deviennent des dispositions de droit commun par la simple suppression de référence au terrorisme.

Le législateur n'a plus besoin, pour faire de la disposition dérogatoire une disposition de droit de commun, d'élargir l'objectif initialement prévu. Cette normalisation mérite, dans ce contexte, amplement approbation dans la mesure où cette disposition paraît « nécessaire en droit commun de la procédure pénale comme élément favorisant tout à la fois la célérité du procès pénal et la dimension contradictoire des investigations ou actes de procédure »¹⁹⁰⁵. L'intérêt de la mesure est de profiter à la justice dans son ensemble et non pas seulement à une catégorie particulière d'acteurs de la chaîne pénale.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

717.- La proportionnalité se substitue clairement à la légalité en imprégnant la procédure pénale dans son ensemble. La consolidation des règles semble acquise. Le législateur ne cesse d'étendre des dispositions spécifiques à un nombre et à des catégories de personnes et d'infractions toujours plus grands. Cette affirmation se trouve légitimée par la preuve scientifique, le fichage et l'intégration des règles dérogatoires en droit commun. S'agissant de la preuve scientifique, il semble incontestable que le savoir scientifique est devenu indispensable à la police judiciaire pour accélérer ses investigations. Ce paramètre a une influence déterminante sur les modes de preuves. De la sorte, la preuve scientifique occupe une place à part. Officieusement, elle apparaît comme la « reine de preuve » susceptible d'innocenter ou de condamner une personne. En dépit du système de la liberté de la preuve pénale, la preuve scientifique affaiblit considérablement l'intime conviction du juge. Celui-ci

¹⁹⁰³ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 39.

¹⁹⁰⁴ Modifié par l'article 149 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, article 9 de la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, article 28 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale et article 70 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹⁹⁰⁵ E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* janvier/mars 2008, p. 39.

est conduit à rendre sa décision conformément au résultat des analyses. Dès lors, la proportionnalité transforme significativement les règles d'administration de la preuve.

718.- Il est apparu essentiel de mettre en place une politique proactive de risques infractionnels. Le fichage qui sert à garder en mémoire des informations personnelles est un outil performant au service de l'enquête. Initialement, il ne concernait qu'une catégorie particulière d'infractions. A l'heure actuelle, on observe une prolifération des fichiers. L'idée est de centraliser un maximum de profils pour tirer le plus grand profit. Cette évolution aboutit à englober la quasi totalité d'infractions. Par ailleurs, le fichage connaît une mutation. Il n'est plus simplement un outil au service de l'enquête, il sert également à surveiller. Ce changement de la finalité du fichage n'est pas sans conséquence. On constate de détournements de la finalité des informations contenues dans les fichiers. Celles-ci sont exploitées à d'autres fins que celles initialement prévues.

719.- S'agissant de l'intégration des règles d'exception, elle a pour finalité de donner les moyens nécessaires à la police judiciaire pour lutter de manière efficace contre toutes les formes d'infractions. Pour ce faire, son introduction dans la procédure pénale se justifie par la lutte contre la délinquance et criminalité graves et organisées. Peu à peu, elles s'étendent à des infractions de droit commun pour finalement s'appliquer à toutes les infractions en se transformant en disposition de droit commun. L'introduction de la proportionnalité dans la recherche de la preuve n'est donc pas sans conséquence.

CONCLUSION DU TITRE I

720.- Il est indéniable que la proportionnalité présente un double visage. Pourtant, son introduction dans le régime de l'obtention des preuves était justifiée par un unique visage, à savoir celui du complément de la légalité. Des critères explicites avaient été prévus : seules les infractions considérées comme graves ou complexes étaient soumises à des règles dérogatoires au droit commun. Dans ce contexte, la proportionnalité et la légalité agissaient de concert. Si aujourd'hui ce principe perdure, il semble toutefois perdre de son importance. La proportionnalité intervient de plus en plus pour se substituer à la légalité. Cela se traduit par la suppression progressive des critères explicites au profit des critères implicites.

721.- Des dispositions qui étaient jusqu'alors réservées à des infractions spécifiques trouvent application aux infractions de droit commun. Cette normalisation ne semble plus reposer sur les critères de gravité ou de complexité mais sur celui de *l'efficacité réelle ou supposée*. Dès lors que la mesure est jugée adéquate, le législateur détourne l'objectif initial pour l'étendre à toutes les infractions. Ce processus que nous qualifions de normalisation de l'exception transforme le droit commun de la procédure. Le risque serait de soumettre toutes les infractions à une procédure spéciale facilitant l'obtention des preuves et diminuant la protection des libertés individuelles. Or, il nous semble que la proportionnalité ne peut intervenir que pour combler les lacunes de la légalité, c'est dire que les moyens employés dans la recherche de la preuve doivent demeurer proportionnés à la gravité ou à la complexité de l'infraction. Dès lors, la proportionnalité ne saurait se substituer à la légalité. En attendant une intervention législative prochaine en vue de procéder à une refonte totale de la procédure pénale, rendue indispensable par la frontière de plus en plus floue entre le droit commun de la procédure et la procédure d'exception, il convient d'observer que le double visage de la proportionnalité a une certaine portée dans la procédure.

TITRE II : LA PORTEE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE

722.- Le postulat en vertu duquel certaines infractions devraient déroger au droit commun de la procédure, qui sert de fondement à l'instauration de la proportionnalité dans la recherche de la preuve contribue à accroître les prérogatives policières. Le principal objectif est d'améliorer la lutte contre les formes spécifiques d'infractions. A cet égard, la police judiciaire dispose de moyens d'investigation puissants permettant une recherche rapide de la preuve. Mais l'apport de la proportionnalité ne se limite pas seulement au seul renforcement des pouvoirs d'enquête de la police judiciaire. La prise en compte de la difficulté croissante de la localisation de tous les éléments de preuve conduit aussi à repenser toute la chaîne pénale.

723.- Lorsque les éléments de l'infraction se situent hors du champ de compétence de la police judiciaire, l'échange d'informations paraît nécessaire. Il arrive que la police judiciaire rencontre des difficultés pour obtenir la preuve située en dehors de ses services. La proportionnalité prend en compte cette difficulté en rassemblant des ressources humaines et matérielles. L'idée est de lutter contre toutes les infractions. Pour ce faire, tous les services concernés par l'infraction sont incités à participer à l'enquête. La proportionnalité réorganise les investigations en impliquant toutes les autorités chargées de rassembler la preuve de l'infraction et de poursuivre leurs auteurs (Chapitre I). Le renforcement des moyens d'investigation implique une mobilisation importante des ressources humaines et matérielles (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA REORGANISATION DES INVESTIGATIONS

724.- Apparemment les procédés classiques de lutte contre les formes spécifiques d'infractions ne suffisent plus à garantir à la police judiciaire une certaine efficacité. Les limites à l'obtention de la preuve se rencontrent dans la dispersion des différentes autorités chargées de poursuites ou d'enquêtes. L'ouverture des frontières permet à la criminalité de tirer partie de la diversité des ordres nationaux et des législations pénales les plus souples. Cet éclatement constitue un obstacle à la gestion saine des moyens de lutte contre les formes graves de criminalité.

725.- Il apparaît donc que la recherche d'une véritable adaptation des techniques d'investigation à ces formes particulières d'infractions implique le redéploiement des différents services concernés. Dans leur intérêt, ces services sont, dans certains cas, tenus de travailler ensemble. Il s'agit de mettre en place une action coordonnée de manière à intervenir rapidement. Le regroupement des différents services spécialisés dans des domaines déterminés valorise la recherche probatoire dans la mesure où toutes les infractions seraient rapidement décelées. Aussi, l'unicité d'action facilite la communication entre des organes ayant l'habitude de se méfier les uns des autres.

726.- Néanmoins, cette concentration des différents services implique d'importantes ressources humaines et *a fortiori* d'importantes ressources matérielles. En effet, les infractions pour lesquelles ces différents services sont amenés à collaborer sont difficiles à élucider. Elles peuvent nécessiter une certaine durée dans la collecte des indices nécessaires au déclenchement des poursuites. Dans ce cas, l'investigation pénale peut s'avérer délicate.

727.- Il convient d'observer la prise en considération de tous ces paramètres. Les obstacles liés à l'obtention de la preuve disparaissent peu à peu. Cela se traduit par la suppression des frontières institutionnelles (Section I) et la reconnaissance mutuelle des règles de collecte et de transmission de preuve (Section II).

SECTION I : LA SUPPRESSION DES FRONTIERES INSTITUTIONNELLES

728.- Il n'est pas toujours aisé pour la police judiciaire d'obtenir la preuve se trouvant en dehors de ses services normalement compétents. Cela est principalement dû à une organisation concurrente entre les différents services. Une véritable culture du secret règne au sein de chaque service, empêchant ainsi une bonne communication des informations intéressant un service tiers. En effet, chaque service détenant une information peut refuser de la partager au nom du bon déroulement de ses enquêtes. Le refus de partage d'informations constitue un obstacle à une élucidation rapide de l'affaire. Il apparaît donc que le regroupement des moyens de différents services est indispensable à la résolution de ces divers problèmes susceptibles de rencontrer la police judiciaire. La gestion commune des enquêtes assure une véritable coopération, la réticence des uns envers les autres va en s'effaçant au profit d'une meilleure collaboration. Ce constat s'impose aussi bien au niveau interne¹⁹⁰⁶ qu'au niveau européen.

729.- Il en va pour ce dernier de la recevabilité des éléments de preuve lorsqu'ils se trouvent sur les territoires de plusieurs Etats. La transmission et le rassemblement de ces différents éléments de preuve dépendent de l'existence d'une politique de coopération. Mais le problème de la diversité des ordres juridiques nationaux reste un obstacle majeur à la facilitation de la collecte de la preuve. Les règles de collecte, de transmission et de recevabilité des preuves doivent être harmonisées en vue d'éviter la contestation de leur validité. L'Union européenne qui est amenée à gérer la situation engendrée par l'ouverture des frontières tend à renforcer la coopération. De surcroît, le double obstacle interne (§1) et (§ 2) externe se trouve en partie franchi à travers la mutualisation des compétences et une réponse globale et coordonnée (§3).

§1. Au niveau interne

730.- A l'évidence le caractère grave ou complexe des infractions incite à une meilleure communication. La coordination de l'action des différentes autorités garantit l'amélioration des échanges d'informations. Les autorités chargées de poursuites et d'enquête ne voient plus leur pouvoir limité à faire la demande, auprès d'une autre autorité, des éléments de preuve qui les intéressent. Bien au contraire, le bon déroulement de l'enquête peut être assuré par une

¹⁹⁰⁶ L'article 60 du Code de procédure pénale prévoit déjà cette collaboration avec les personnes qualifiées.

intervention commune des différentes autorités. Chaque autorité n'agit plus pour son propre service, elle est conduite à apporter ses connaissances. Cette possibilité d'un travail en commun constitue un facteur de résolution de nombreuses difficultés, parmi lesquelles l'effacement progressif de la différence de « culture judiciaire ».

731.- Certains services ont vocation à intervenir sur les faits les plus graves ou complexes. Différents services d'investigation sont spécialement chargés de centraliser les informations obtenues en vue de favoriser de recoupements. Ces services spécialisés peuvent aussi participer à des investigations internes ou internationales (A). La collaboration ne se limite pas simplement aux échanges d'informations entre les services, d'autres services apportent leur concours en mettant en commun leurs compétences (B).

A. La spécificité

732.- Chaque service est spécialisé dans un domaine spécifique. Cette spécialisation confère aux différents services une compétence exclusive. Ils sont chargés d'assurer, dans les domaines relevant de leurs compétences, la centralisation, la coordination et la diffusion des informations auprès des services de police et de gendarmerie. Ils participent aux enquêtes aussi bien internes qu'internationales. Cette mission est confiée aux Offices centraux de police judiciaire¹⁹⁰⁷. Il y a l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC), l'Office central pour la répression du faux-monnayage (OCRFM), l'Office central de lutte contre le trafic des biens culturels (OCBC), l'Office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF), l'Office central de lutte contre la criminalité organisée (OCLCO), l'Office central pour la répression du trafic illicite des stupéfiants (OCRTIS), l'Office central pour la répression des violentes faites aux personnes (OCRVP), l'Office central de lutte contre la délinquance itinérante (OCLDI), l'Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (OCLAESP) et l'Office central de lutte contre le travail illégal (OCLTI).

733.- Les infractions visées se caractérisent par leur gravité et/ou leur complexité. Il s'agit donc de s'adapter aux formes spécifiques de la délinquance et de la criminalité pour mieux les appréhender. Les informations obtenues auprès des services de police et de gendarmerie de l'ensemble du territoire favorisent des recoupements et augmente les chances d'élucidation.

¹⁹⁰⁷ Article 8-1 du Code de procédure pénale.

Lorsqu'une infraction intéresse plusieurs services, ils peuvent apporter mutuellement leurs concours.

B. La mutualisation imparfaite¹⁹⁰⁸ des compétences

734.- La réussite totale d'une enquête peut sinon dépendre, du moins nécessiter l'intervention de plusieurs autorités au regard de la complexité des faits infractionnels. La mutualisation des compétences entraîne *a fortiori* une mise en commun des moyens d'investigation. La possibilité d'un tel rassemblement élargit le champ d'investigation. Une telle coordination favorise la recherche de la preuve.

735.- La volonté d'associer divers services fondamentalement différents dans leurs structures, hiérarchies et méthodes a souvent guidé les pouvoirs publics. Il a existé, sous le gouvernement « JOSPIN »¹⁹⁰⁹, 14 équipes régionales d'enquête regroupant les services de police judiciaire, fiscaux et douaniers¹⁹¹⁰. Néanmoins, il ne s'agissait que d'une mutualisation ponctuelle des moyens d'investigation. Ensuite, la circulaire ministérielle du 22 mai 2002¹⁹¹¹ instituant les groupes d'intervention régionaux (GIR) afin de lutter contre des formes particulières d'infractions dépasse largement l'ancien dispositif par la mise en place des structures permanentes¹⁹¹² ainsi que des personnels « ressources » pré-désignés par le directeur ou chef de service de chaque administration pour des missions particulières.

736.- La création des groupes d'intervention régionaux est destinée à aider à combattre la délinquance sous ses aspects, notamment dans sa forme d'économie souterraine¹⁹¹³. La démarche consiste à créer une « véritable force de projection, capable à tout moment sur un territoire délimité, de mettre en œuvre, sous la responsabilité des autorités administratives et judiciaires départementales ou régionales selon le ressort, un dispositif mobilisateur des moyens et compétences nécessaires à une intervention en urgence, comme sur le moyen terme, en assistance ou en relais, des forces locales ou spécialisées habituelles »¹⁹¹⁴. En termes

¹⁹⁰⁸ La mutualisation est imparfaite du fait de l'existence, dès le départ, d'un problème de superposition des compétences qu'il faut régler.

¹⁹⁰⁹ 1997-2002.

¹⁹¹⁰ J.-P. JEAN, « Les groupes d'intervention régionaux, un objet juridique désormais mieux identifié », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 60.

¹⁹¹¹ NOR INT C 02-00129 C.

¹⁹¹² Unité opérationnelle de commandement (UOC).

¹⁹¹³ S. DESIRE, « Des groupes d'intervention régionaux efficaces et légaux ? », *AJ Pén.* 2004, p. 363.

¹⁹¹⁴ Introduction de la circulaire du 22 mai 2002.

de continuité avec l'ancien dispositif, les groupes d'intervention régionaux regroupent les membres de la police, de la gendarmerie, les agents du fisc, de la concurrence, du travail et de la répression des fraudes. De ce fait la police judiciaire ne constitue plus le seul service à agir, la pluralité d'intervenants se constate dès la décision de la saisine des groupes d'intervention régionaux.

737.- La circulaire précise que « le groupe d'intervention régional intervient dans chaque département à l'initiative conjointe et sur la base d'un diagnostic commun, du préfet et du procureur de la République »¹⁹¹⁵. Jusqu'alors seul le procureur de la République¹⁹¹⁶ est maître de l'action publique. En vertu du principe de l'opportunité des poursuites¹⁹¹⁷, il peut requérir la police judiciaire pour effectuer « tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale »¹⁹¹⁸. Or, la particularité de ce dispositif repose sur la co-saisine car le préfet et le procureur de la République doivent s'entendre préalablement à toute décision d'intervention des groupes d'intervention régionaux. La simple coexistence de ces deux autorités pose problème au regard de l'organisation judiciaire. Le procureur de la République voit son pouvoir de décision amoindri. Plus encore, le fait d'imposer cette co-saisine impose la poursuite, par deux autorités de nature différente, des mêmes objectifs. Cette logique ne nous paraît pas raisonnable dans la mesure où il apparaît que ces deux autorités ont « des logiques d'intervention propres, le préfet étant davantage représentant de l'ordre et de la sécurité, et le procureur bien que représentant de la société, est soucieux du respect de la loi, des droits et libertés »¹⁹¹⁹.

Cette coexistence « improbable », qui aurait pour conséquence de profonds désaccords susceptibles de rendre inefficace le dispositif est prise en compte. Ainsi, la circulaire prévoit en cas de désaccord, l'intervention d'un groupe d'intervention régional qui pourrait être décidée conjointement par le préfet de région et le procureur général près la Cour d'appel, assistés du directeur du Service Régional de police Judiciaire et du commandant de la Section de Recherche de la gendarmerie nationale ainsi que du chef du groupe d'intervention

¹⁹¹⁵ Paragraphe 1^{er} du 3 a) de la circulaire du 22 mai 2002.

¹⁹¹⁶ Articles 40 et 40-1 du Code de procédure pénale.

¹⁹¹⁷ Article 40 du Code de procédure pénale.

¹⁹¹⁸ Article 41 du Code de procédure pénale.

¹⁹¹⁹ F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des groupes d'intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 278.

régional¹⁹²⁰. Il pourrait être avancé qu'en raison d'un nombre important d'organes représentants les groupes d'intervention régionaux, la décision serait systématiquement prise en défaveur du procureur de la République. En effet, les groupes d'intervention régionaux sont rattachés soit à un service régional de police judiciaire, et dans ce cas, ils sont dirigés par un commissaire de police ayant comme adjoint un militaire de la gendarmerie, soit à une Section de Recherche de gendarmerie, et dans ce cas, la direction est assurée par un officier de la gendarmerie nationale ayant comme adjoint un fonctionnaire de police¹⁹²¹. Le procureur de la République serait dès lors simplement « appeler à jouer un rôle de caution à la mise en œuvre d'un service de police et d'une politique sécuritaire qui lui échappent »¹⁹²². Pour éviter une telle situation le procureur de la République pourrait être tenté, pour diriger seul l'enquête, de ne saisir que la police judiciaire traditionnelle. Cette position serait susceptible d'aboutir à l'ineffectivité du dispositif. Reste qu'un rôle prépondérant est attribué à une autorité administrative dans l'exercice de missions de police judiciaire. Cette prédominance de l'autorité administrative dans la mise en œuvre d'un groupe d'intervention régional répond à une volonté de placer les priorités de police judiciaire « sous haute surveillance du pouvoir exécutif »¹⁹²³. Cette situation pourrait conduire à son instrumentalisation puisque les groupes d'intervention régionaux seraient uniquement utilisés à des fins politiques. Pour toutes ces raisons, cette circulaire a fait l'objet de sévères critiques ayant conduit certains à contester sa légalité tant devant la Cour de cassation que devant le Conseil d'Etat.

738.- Concernant la première¹⁹²⁴, une exception de nullité avait été soulevée par une personne mise en examen à la suite des investigations menées intégralement par les groupes d'intervention régionaux. Celle-ci estimait qu'étant dépourvue d'existence légale faute de création par décret comme l'exige l'article 15-1 du code de procédure pénale, le groupe d'intervention régional n'était pas légalement en mesure de diligenter les investigations. La chambre de l'instruction avait écarté cette exception de nullité au motif que la commission rogatoire avait été délivrée au « commissaire divisionnaire du service régional de police judiciaire et du groupe d'intervention régional de Rouen ». Pour rejeter le pourvoi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « le juge d'instruction a requis un

¹⁹²⁰ Paragraphe 2 du 3 a) de la circulaire du 22 mai 2002.

¹⁹²¹ Paragraphe 2 a.

¹⁹²² F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des groupes d'intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 278.

¹⁹²³ J.-P. JEAN, « Les groupes d'intervention régionaux, un objet juridique désormais mieux identifié », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 61.

¹⁹²⁴ Cass. crim., 6 août 2003, Bull. crim., n° 145.

officier de police judiciaire de procéder aux actes d'information qu'il estimait nécessaires conformément aux dispositions de l'article 151 du code de procédure pénale ». Cette solution est d'une importance cruciale car elle prend à contrepied l'argument selon lequel les groupes d'intervention régionaux constituent le seul service de police qui ne peut être saisi sur commission rogatoire, contrairement aux dispositions de l'article 151 du Code de procédure pénale qui posent le principe de la libre appréciation du juge d'instruction quant au choix du service de police¹⁹²⁵. Pour que la saisine par les autorités judiciaires en général, par le juge d'instruction en particulier soit valable, il leur suffit de « désigner dans le même acte (soit-transmis ou commission rogatoire) à la fois le chef du SRPJ ou de la SR compétent et le responsable du groupe d'intervention régional rattaché à cette unité »¹⁹²⁶. Le mode spécifique de saisine des groupes d'intervention régionaux ne constitue pas un obstacle, le juge d'instruction peut faire appel à eux pour exécuter une commission rogatoire.

739.- Du point de vue administratif, la contestation reposait notamment sur le vice de légalité de la circulaire, l'atteinte au libre choix par les autorités judiciaires du service de police à requérir, à l'indépendance de la magistrature et au principe de la séparation des pouvoirs¹⁹²⁷. Il était reproché notamment la création d'un nouveau service de police par une circulaire, alors même que l'article 15-1 du Code de procédure pénale impose la création d'un tel service par décret en Conseil d'Etat pris sur rapport du ministre de la justice et du ministre intéressé. Mais le Conseil d'Etat écarte tous les moyens soulevés, considérant que les groupes d'intervention régionaux ne constituent pas une nouvelle catégorie d'unité ou de service nécessitant, aux termes de l'article 15-1 du Code de procédure pénale, une création par décret en Conseil d'Etat, la structure permanente étant toujours rattachée à un service de police existant¹⁹²⁸. Aussi, le fait que le procureur général et le préfet puissent éventuellement remettre en cause la décision du procureur de la République ne porte pas atteinte « au libre choix par le procureur et le juge d'instruction des formations qui seront chargées de l'exécution de leurs réquisitions ou de leurs commissions rogatoires. Dès lors que la circulaire « vise seulement à définir les conditions d'emploi des groupes d'intervention régionaux dans chaque département eu égard aux besoins et aux ressources disponibles », il ne peut y avoir

¹⁹²⁵ F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des groupes d'intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 279.

¹⁹²⁶ J.-P. JEAN, « Les groupes d'intervention régionaux, un objet juridique désormais mieux identifié », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 63.

¹⁹²⁷ Syndicat de la magistrature et syndicat CGT-police.

¹⁹²⁸ CE (contentieux, 5^e et 4^e sous-section réunies), 9 févr. 2004, n° 248823.

atteinte « ni à l'indépendance de la magistrature ni au principe de la séparation des pouvoirs ».

740.- La création des groupes d'intervention régionaux est ainsi validée, laquelle validation permet d'établir un cadre juridique. Plusieurs textes sont venus affiner le statut juridique, favorisant une meilleure identification¹⁹²⁹. Il importe de souligner que, dans toutes ses actions, le groupe d'intervention régional doit pleinement associer des membres de plusieurs services. Ainsi donc, l'action collective paraît plus fructueuse que l'action individuelle. Elle est un élément puissant de suppression des barrières tant au niveau interne qu'au niveau européen.

§2. Au niveau européen

741.- Il n'est pas toujours aisé pour la police judiciaire d'agir au-delà de ses frontières pour mener des investigations, alors même qu'il est avéré que des individus ne se limitent pas au seul territoire d'un Etat pour réaliser leurs forfaits. La facilité avec laquelle ils peuvent désormais traverser les frontières exige un besoin réel de s'adapter pour combattre les formes complexes d'infractions¹⁹³⁰. L'Union européenne a tenté de résoudre cette difficulté liée à la reconnaissance de la souveraineté des Etats. La mise en place d'organes destinés à favoriser les échanges d'informations a semblé intéressante mais limitée¹⁹³¹. Ces organes qui tiennent lieu d'intermédiaires entre les autorités étatiques n'ont pas permis d'anéantir tous les obstacles. L'une des difficultés est de convaincre une autorité d'un Etat à travailler pour une autre. Il est apparu qu'une véritable coopération ne peut se réaliser que si les autorités des différents Etats ne travaillent plus seulement pour les autres, mais travaillent désormais ensemble dans la recherche de la preuve des infractions. C'est la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale¹⁹³² qui rend effective cette idée. Celle-ci dépasse ainsi le simple cadre d'entraide judiciaire en donnant la possibilité aux autorités étatiques de mettre en place des équipes communes d'enquête. La loi n° 2004-204 est venue codifier les dispositions de cette Convention en droit français aux articles 695-2 à 695-3 du Code de procédure pénale.

¹⁹²⁹ Circulaire du 29 mai 2002, NOR CRIM-PJ n° 02-700-H8 ; circulaire du 4 juin 2002, NOR CRIM-PJ n° 02-700-H8 ; décret n° 2005-59 du 24 janvier 2005.

¹⁹³⁰ M. MASSE, « La coopération judiciaire avec les Etats-Unis », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 421.

¹⁹³¹ Tels qu'Europol, Eurojust qui facilitent la coopération sans agir directement

¹⁹³² *JOCE C 197*, 12 juil. 2000, p. 1-18.

742.- Les équipes communes d'enquête ne constituent pas en elles-mêmes un dispositif révolutionnaire car la coopération entre les autorités des Etats a toujours existé. La nouveauté relève de la définition des règles communes pour l'accomplissement d'un certain nombre de mesures d'enquête¹⁹³³. Aux termes de l'article 695-2 du Code de procédure pénale français, « avec l'accord préalable du ministre de la justice et le consentement du ou des autres Etats membres concernés, l'autorité judiciaire compétente peut créer une équipe commune d'enquête, soit lorsqu'il y a lieu d'effectuer, dans le cadre d'une procédure française, des enquêtes complexes impliquant la mobilisation d'importants moyens et qui concernent d'autres Etats membres, soit lorsque plusieurs Etats membres effectuent des enquêtes relatives à des infractions exigeant une action coordonnée et concertée entre les Etats membres concernés ».

743.- Lorsque les faits poursuivis répondent à l'exigence de proportionnalité, il incombe à l'Etat plus précisément au garde des Sceaux, déléguant au directeur des Affaires criminelles et des Grâces de décider de la mise en œuvre d'une telle équipe. Cette décision ne peut être unilatérale puisqu'elle dépend de l'accord de tous les Etats concernés. Cela s'explique par le fait que l'exercice des investigations sur un territoire tiers ne peut valablement s'effectuer qu'avec le consentement de l'Etat sur le territoire duquel les investigations sont nécessaires. Au minimum deux Etats peuvent décider de la constitution d'une équipe. Pour ce faire, ils doivent nécessairement analyser les faits et trouver un intérêt commun, car on ne voit pas comment un Etat pourrait accepter la mise en place d'une équipe commune d'enquête de manière désintéressée. A vrai dire, les investigations sont précédées de contacts informels, la rencontre entre les enquêteurs de différents Etats permet une meilleure connaissance du dossier. C'est véritablement à partir de ce moment là que les enquêteurs se mettent d'accord sur les actes à réaliser pour obtenir la preuve des infractions.

744.- La réservation du pouvoir de décision de constitution des équipes communes d'enquête au pouvoir politique nous paraît inadaptée. Si certains auteurs estiment qu'une telle dépendance est destinée à éviter les créations d'équipes communes d'enquête injustifiées¹⁹³⁴, il convient de noter que l'intervention du pouvoir exécutif dans la mise en place d'un tel

¹⁹³³ E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, La Doc. fra. 2007, p. 117.

¹⁹³⁴ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR, C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 169.

instrument favorise un ralentissement de la procédure. L'autorité judiciaire constate la nécessité d'une équipe commune d'enquête et en fait la demande auprès du ministère de la justice. Celui-ci devrait se mettre d'accord avec ses homologues pour finaliser la décision. Ce n'est qu'après cet accord que les enquêteurs peuvent se rencontrer pour mutualiser leurs informations. Il nous paraît logique que la nécessité de la constitution d'un tel instrument ne puisse relever que des autorités judiciaires¹⁹³⁵. Ce transfert de pouvoir permettrait certainement d'éviter la lourdeur de procédure. La conduite de celle-ci par les autorités judiciaires favoriserait des échanges rapides d'informations entre les enquêteurs. Ayant déjà l'habitude de travailler ensemble, les autorités judiciaires connaissent les législations étrangères. Cette situation faciliterait des accords relatifs au déroulement et à la conduite d'une équipe commune d'enquête.

745.- Une fois encore, cet instrument de coopération judiciaire en matière pénale est le résultat d'un compromis entre les Etats. Cela montre à quel point les Etats restent soucieux de leur souveraineté. Ils veulent en même temps améliorer la coopération judiciaire en matière pénale et rester maîtres sur leurs territoires. Ainsi, aucune autre autorité ne peut décider à leur place de la constitution d'une équipe commune d'enquête. Notons que certains organes européens tels que l'Europol¹⁹³⁶ et Eurojust¹⁹³⁷ sont habilités à demander aux autorités étatiques compétentes la constitution d'une équipe commune d'enquête. Pour autant, il ne s'agit que d'une simple demande, ces organes n'ont aucun pouvoir d'en forcer la création. Seules les autorités étatiques compétentes détiennent le pouvoir de décision de la constitution d'une équipe commune d'enquête.

746.- En somme, la finalité de la mutualisation des compétences et des moyens d'enquête sert d'abord à améliorer la collecte et l'échange d'informations. La réalisation des investigations sur un ou plusieurs territoires par les membres des différents services apportent sans aucun doute une réponse globale et coordonnée aux faits infractionnels.

¹⁹³⁵ Parallèlement au mandat d'arrêt européen.

¹⁹³⁶ G. DE KERCHOVE, « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 555 et s.

¹⁹³⁷ N. L.-C. THWAITES, « Eurojust autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier ? », *Rev. sc. crim.* janvier/ mars 2003, p. 57.

§3. Une réponse globale et coordonnée ?

747.- Il est bien évident que la possibilité pour les policiers d'effectuer au sein d'un même organe des investigations implique la coordination de l'action. L'« assistance mutuelle » à la réalisation des actes permettant d'obtenir les éléments de preuve de l'infraction est un moyen de répondre de manière globale aux agissements illicites. Cela étant, la nécessité de veiller à la meilleure coordination conduit à une définition commune des objectifs (A). Il s'agit d'éviter une dispersion des compétences et des moyens d'enquête. Toutefois, l'impact d'une telle coordination est sensiblement limité, les bases sur lesquelles elle se fonde sont tellement fragiles qu'elles peuvent, éventuellement, compromettre l'atteinte de ces objectifs (B).

A. La définition commune des objectifs

748.- L'idée de créer une structure commune vise globalement à répondre à une préoccupation majeure, laquelle repose davantage sur l'amélioration des outils de lutte contre les formes graves d'infractions. A cet égard, l'effectivité de l'action commune dépend de son encadrement. Le regroupement des services doit imposer des lignes directrices et celles-ci doivent être nécessairement suivies en vue de combattre efficacement ces infractions si particulières.

749.- Pour sa part le groupe d'intervention régional s'est vu fixer comme objectif la réalisation des enquêtes et des poursuites contre tous les trafics alimentant notamment l'économie souterraine. Cette dernière peut être définie comme « l'ensemble, d'une part, des activités productrices licites non déclarées et, d'autre part, des activités illicites de biens ou de services »¹⁹³⁸. Cette définition permet ainsi de comprendre l'association des différentes structures dans cette lutte, chacune étant forcément concernée par cette économie¹⁹³⁹. L'essentiel est d'éviter une multiplication d'actions individuelles. En effet, sans le groupe d'intervention régional, les intervenants concernés par ces infractions ont individuellement un champ d'action déterminé et limité. Ils ne peuvent, en cas de constatation d'autres infractions, les poursuivre. Ils sont tenus de les signaler auprès des autorités compétentes. Le temps que ces autorités décident des investigations, il serait trop tard ; les personnes impliquées seraient

¹⁹³⁸ J. RIMBERT, « Lutte contre l'économie souterraine », *Les notes bleues de Bercy*, 2002/229.

¹⁹³⁹ L'économie souterraine réside d'une part dans la soustraction des acteurs aux législations commerciale, fiscale et douanière et, d'autre part, dans la cession d'objets entachés d'illégalité (vol, contrefaçon, vente de produits stupéfiants).

tentés, lors de la première action, d'effacer les éléments de preuves de leurs actions. Ainsi, la multiplication des investigations entraîne plutôt une déperdition d'énergies. Elle ne permet qu'en cas d'obtention des éléments de preuves intéressant un service, un demi-succès, dans la mesure où les poursuites pourraient ne pas prendre en compte les autres infractions intéressant les autres services.

750.- De surcroît, la création des groupes d'intervention régionaux répond à un besoin de lutte contre la nature particulière de certaines infractions¹⁹⁴⁰. Chaque service est conduit à mettre à profit des autres services ses connaissances sur l'état de suspects. Cette évolution aboutit finalement à faire disparaître une certaine concurrence, ou du moins une certaine réticence à communiquer les informations. Les chances de parvenir à la réussite de l'opération se trouvent augmentées.

751.- Il est de règle constante que l'intervention de la police judiciaire se limite à la zone urbaine et celle de la gendarmerie nationale à la zone rurale. Mais concernant le groupe d'intervention régional, son champ d'intervention est largement étendu. Il est compétent sur l'ensemble du territoire de la région relevant de la zone police et de la zone gendarmerie¹⁹⁴¹. De la sorte, la demande d'une extension de compétence nécessaire à la poursuite des investigations n'est pas exigée. Le cadre d'activités de groupe d'intervention régional ne concernerait plus seulement l'économie souterraine, l'extension « naturelle » de compétence d'une telle structure a influencé la prise en considération d'autres formes d'infractions.

752.- Si donc la priorité semble donnée à la lutte contre les trafics alimentant l'économie souterraine laquelle « génère une destruction du tissu social »¹⁹⁴² et toutes « les formes de délinquance endémique, de trafics locaux de stupéfiants, d'objets ou de véhicules volés ou recelés, d'actions violentes concertées, aboutissant à la désorganisation de la vie sociale et générant un sentiment permanent d'insécurité »¹⁹⁴³, force est aussi de constater la compétence ponctuelle des groupes d'intervention régionaux en matière de lutte contre la délinquance dans tous ses aspects, qui est une forme de métamorphose de la proportionnalité. Notons que

¹⁹⁴⁰ J.-P. JEAN, « Les Groupes d'intervention régionaux, un objet juridique désormais mieux identifié », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 64.

¹⁹⁴¹ F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des Groupes d'Intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 273.

¹⁹⁴² Paragraphe de la circulaire du 22 mai 2002.

¹⁹⁴³ Premier paragraphe du 4 de la circulaire du 22 mai 2002.

le groupe d'intervention régional peut être chargé d'intervenir dans la lutte contre « toutes les formes de criminalité organisée frappant indistinctement les milieux urbains et ruraux – vols par ruse contre les personnes âgées, agressions à domicile, vols à la voiture bélier ou à main armée commis notamment par des équipes itinérantes »¹⁹⁴⁴. Il peut également prêter main forte dans la lutte contre « les incendies répétés et organisés de véhicules »¹⁹⁴⁵. La répartition de compétences des groupes d'intervention régionaux permet en réalité de cibler toutes les infractions impliquant une certaine organisation. De ce fait, les missions permanentes concernent tous les trafics alimentant l'économie souterraine et les missions ponctuelles visent toutes les autres infractions.

753.- Ces deux missions impliquent, en amont, la détention par le groupe d'intervention des informations d'une importance capitale pouvant servir à donner une réponse globale aux divers faits infractionnels. Le groupe d'intervention régional est tenu de combiner à la fois des missions de police administrative et de police judiciaire. L'action est dirigée en fonction de priorités¹⁹⁴⁶. En définitive, tous les membres composant le groupe d'intervention régional se voient fixés des objectifs communs. La finalité est d'agir en profondeur en coordonnant l'action. L'unicité de l'intervention concourt à préserver les éléments de preuve et à garantir des investigations plus rapides et plus efficaces. La fixation des objectifs se constate également dans le cadre d'équipes communes d'enquête.

754.- Tel qu'envisagé par les textes, la constitution d'une équipe commune d'enquête relève de la complexité des affaires¹⁹⁴⁷. La nécessité d'agir de manière efficace pousse à choisir les infractions pour lesquelles la mise en œuvre d'une équipe commune d'enquête paraît évidente. La pratique montre que, dans la plupart des cas, la présence d'une telle équipe vise principalement le trafic de stupéfiants et le terrorisme¹⁹⁴⁸. Il s'agit des infractions très complexes qui exigent de lourdes enquêtes. L'objectif assigné à une équipe tend à effectuer des enquêtes et des poursuites sur le territoire d'un ou plusieurs Etats membres d'une catégorie bien particulière d'infractions. Cela signifie, *a contrario*, que les infractions

¹⁹⁴⁴ Numéro 4, paragraphe 4 de la circulaire du 22 mai 2002.

¹⁹⁴⁵ Numéro 4, paragraphe 2 et 3 de ladite circulaire.

¹⁹⁴⁶ F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des Groupes d'Intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 271.

¹⁹⁴⁷ Article 695-2 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁴⁸ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR, C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 170.

considérées comme simples ne peuvent justifier l'instauration d'une telle équipe. Il paraît logique qu'une infraction ordinaire n'implique pas nécessairement la mobilisation d'importants moyens, ses effets ne s'étendent pas forcément sur le territoire de plusieurs Etats. C'est donc pour éviter une certaine instrumentalisation de cet outil, conduisant à lui enlever toute utilité, qu'il s'est imposé une telle césure entre les infractions pour favoriser la mise en œuvre des actes.

755.- La logique de la mise en œuvre d'une équipe commune d'enquête est de donner aux différents acteurs la possibilité d'accomplir ou de demander certains actes. Le mécanisme consiste à supprimer tout obstacle à l'exercice de poursuites exercées sur le fondement de la compétence territoriale nationale. A titre d'exemple, les enquêteurs français peuvent effectuer au sein d'une telle équipe opérant à l'étranger, tous les actes prévus par le Code de procédure pénale français sous condition d'autorisation par l'Etat étranger¹⁹⁴⁹. Cette possibilité est également offerte aux enquêteurs étrangers agissant en France¹⁹⁵⁰. L'admission de la commission des actes par les enquêteurs de l'équipe commune en dehors de leur territoire permet de « sortir du mécanisme exclusivement réactif de la commission rogatoire internationale »¹⁹⁵¹, en ce sens, elle donne « aux preuves recueillies dans ce cadre une validité opposable devant toutes les juridictions qui viendraient à connaître du fond de l'affaire »¹⁹⁵². En effet, l'entraide judiciaire classique oblige à transférer les éléments de preuve conformément à la législation de l'Etat « d'exécution » de la demande. Il peut arriver que les législations soient complètement différentes. Dans ce cas, rien n'empêche la personne concernée de soulever la nullité de la procédure. L'entraide judiciaire classique ne permet donc pas une utilisation automatique des éléments de preuve se situant à l'étranger, alors que les éléments de preuve obtenus à la suite d'agissement d'une équipe commune peuvent être valablement utilisés par les différentes autorités des Etats composant une telle équipe. Cela s'explique par le fait que chaque membre de l'équipe agit conformément à sa législation nationale. L'invocation d'une éventuelle nullité de procédure liée à l'extranéité ne pourrait aboutir. L'équipe commune d'enquête constitue un outil très utile à tel point qu'elle ne concerne plus seulement les Etats de l'Union européenne.

¹⁹⁴⁹ Article 695-3 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁵⁰ Article 695-2 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁵¹ E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, La Doc. fra. 2007, p. 117.

¹⁹⁵² G. DE KERCHOVE, « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 558.

756.- Désormais, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la Recommandation du Conseil européen des 25 et 26 avril 2002 visant la constitution d'équipes multinationales *ad hoc* pour la collecte d'informations relatives aux terrorismes appelle à la création d'équipes regroupant des agents des services de renseignement et de police afin d'améliorer la collecte et l'échange d'informations et de prévenir les attentats terroristes. Cette formation serait amenée à « intervenir avant qu'un attentat terroriste n'ait lieu »¹⁹⁵³. L'équipe commune d'enquête représente un instrument de coopération très pratique facilitant l'échange d'informations et la conduite des investigations communes. L'association des divers enquêteurs garantit un « seul déroulé chronologique de l'enquête »¹⁹⁵⁴, la concomitance des investigations dans différents Etats membres de l'Union européenne évite tout problème de dépérissement des éléments de preuve. A titre d'illustration, « une garde à vue menée en France dans le cadre d'une équipe commune d'enquête peut, suite aux révélations du gardé à vue, entraîner une perquisition en Espagne »¹⁹⁵⁵. La simultanéité de l'action vise à réduire le temps pour les coauteurs ou complices de la prise de connaissance des investigations menées à leurs rencontre. Il demeure toutefois que le mécanisme de faire travailler des différentes autorités au sein d'une même structure se heurte à un certain nombre d'obstacles.

B. Les éventuels obstacles

757.- S'il n'est guère contestable que la suppression des frontières institutionnelles est un puissant facteur d'amélioration d'ententes entre les différents services, favorisant une lutte accrue contre les formes graves d'infractions, il demeure néanmoins des obstacles empêchant une grande efficacité du dispositif.

758.- Concernant les groupes d'intervention régionaux, les textes prévoient un champ d'action élargi à l'ensemble du territoire national. Mais en réalité, un tel instrument ne concerne qu'une partie bien déterminée du territoire. D'ailleurs, les textes eux-mêmes explicitent la mise en place d'un groupe d'intervention régional en particulier dans « les secteurs urbains

¹⁹⁵³ G. DE KERCHOVE, « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 558.

¹⁹⁵⁴ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR, C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 170.

¹⁹⁵⁵ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR, C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 170.

particulièrement sensibles »¹⁹⁵⁶. Ce critère de sensibilité, qui nous paraît flou, vise clairement certains quartiers. La raison en est que ces quartiers sont les principaux hébergeurs des infractions poursuivies par les groupes d'intervention régionaux. Cette zone de compétence « semble avoir particulièrement justifié l'instauration des groupes d'intervention régionaux ; de sorte que la reconnaissance d'une compétence à l'ensemble du territoire ne serait que l'argument dont l'objet serait de masquer et d'écarter une éventuelle accusation de la création d'un service de police contre les habitants de ces secteurs »¹⁹⁵⁷. Ce faisant, la création des groupes d'intervention régionaux n'est pas neutre, en ce sens elle ne vise plus seulement la lutte contre telle ou telle criminalité, mais détermine également le secteur de compétence. Cette imposition tend à diriger le champ d'action des groupes d'intervention régionaux qui doivent essentiellement se concentrer sur ces zones sensibles. Il nous semble que cette exigence n'est pas nécessaire au regard de la compétence des groupes d'intervention régionaux quant aux infractions. Il est à rappeler qu'ils sont compétents dans le cadre de la lutte contre tous les trafics alimentant l'économie souterraine. Comme il est déjà précisé que ces infractions sont connues pour être commises dans des secteurs bien définis, il ne paraît alors pas nécessaire de déterminer le secteur principal de compétence des groupes d'intervention régionaux. La simple inscription de la lutte contre tous les trafics alimentant l'économie souterraine, répondant à l'exigence de proportionnalité, suffit amplement.

759.- Le maintien de la détermination du principal secteur de compétence limite par là le champ d'action des groupes d'intervention régionaux. Leurs interventions se limitent à des actions ciblées ; elles correspondent à « des descentes » dans les quartiers sensibles. Il est à noter que « les résultats des premières opérations semblent pourtant indiquer que ces grands trafics sont assez rares et que les résultats de ces grandes descentes sont plutôt maigres »¹⁹⁵⁸. Les événements récents¹⁹⁵⁹ démontrent que les opérations menées par des groupes d'intervention régionaux se résument en un déploiement de forces dans ces quartiers. Ils interviennent de plus en plus souvent après la survenance des émeutes dans ces secteurs¹⁹⁶⁰. La problématique d'une telle réponse tient à l'opportunité de ce genre d'interventions. Les

¹⁹⁵⁶ Introduction de la circulaire du 22 mai 2002.

¹⁹⁵⁷ F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des Groupes d'Intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 274.

¹⁹⁵⁸ L. MUCCHIELLI, *Violences et insécurités. Fantômes et réalités dans le débat français*, Paris, La Découverte, 2003, p. 154.

¹⁹⁵⁹ Les émeutes urbaines.

¹⁹⁶⁰ On a pu constater qu'après les émeutes ou violences urbaines, la réponse des autorités fut l'intervention médiatisée des groupes d'intervention régionaux dans les « cités ».

groupes d'intervention régionaux pourraient apparaître comme des instruments utilisés à des fins politiques¹⁹⁶¹. La lutte contre les trafics alimentant l'économie souterraine serait alors un prétexte pour faire une démonstration de force¹⁹⁶², pouvant laisser à penser qu'il ne s'agirait que d'une « réponse à la demande de sécurité »¹⁹⁶³. Une telle image est de nature à freiner le succès de ce dispositif. L'amélioration du dispositif passe par sa véritable autonomie ; il ne saurait être utilisé pour d'autres missions que celles ayant justifié son instauration. A défaut et malgré la présence de multiples services composant cette équipe, il resterait un outil de plus dans la lutte contre les formes graves d'infractions. Son apport se limiterait à des réponses au coup par coup dans les différents « quartiers sensibles », sans parvenir à « nettoyer » en profondeur tous les trafics alimentant l'économie souterraine et ce, en dépit d'une augmentation croissante du nombre d'interventions¹⁹⁶⁴. Des difficultés sont aussi constatées en matière d'équipes communes d'enquête.

760.- Concernant les équipes communes d'enquête, la possibilité pour un Etat membre d'autoriser l'accomplissement des actes d'enquête sur son territoire implique l'existence d'un cadre juridique au sein des ordres des Etats concernés¹⁹⁶⁵. Il incombait à ces derniers de transposer les décisions cadres¹⁹⁶⁶. Or, peu d'Etats ont intégré dans leurs législations la possibilité de constituer une équipe commune d'enquête. Cette absence de transposition empêche sa mise en place, seuls les Etats ayant adapté leurs droits nationaux étant en mesure d'initier la mise en place d'une équipe commune¹⁹⁶⁷. Cela explique que depuis 2004, seulement 35 équipes communes d'enquête ont été constituées¹⁹⁶⁸. Près d'un tiers concerne la France et l'Espagne. Leur collaboration a commencé dès septembre 2004, juste après l'intégration des équipes communes d'enquête dans leurs ordres juridiques¹⁹⁶⁹. Il apparaît alors que l'obstacle à la mise en œuvre d'une équipe commune d'enquête peut être franchi par l'acceptation des Etats membres de l'adaptation de leurs droits internes. Cet effacement

¹⁹⁶¹ L'installation le 5 août 2010 d'un groupe d'intervention régional de l'Isère faisant suite à la violence urbaine qu'a connue la ville de Grenoble due à la mort d'un braqueur.

¹⁹⁶² On détourne ainsi la raison d'être d'un tel instrument.

¹⁹⁶³ F.-F. LISSOUCK, « Le statut juridique des groupes d'intervention régionaux ; entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 272.

¹⁹⁶⁴ *Le figaro*, 21 juillet 2008, « La lutte contre l'économie souterraine s'intensifie ».

¹⁹⁶⁵ C. JOUBERT, « La police et l'Europe », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 707.

¹⁹⁶⁶ La décision-cadre du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, JOCE L 162, du 20 juin 2002, p. 1.

¹⁹⁶⁷ En raison du principe de réciprocité.

¹⁹⁶⁸ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquêtes à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 170.

¹⁹⁶⁹ E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, La Doc. fra. 2007, p. 117.

pourrait accroître le nombre d'instauration des équipes communes d'enquête par les Etats. A défaut, les Etats seraient contraints de faire appel au mécanisme classique d'entraide judiciaire, qui est susceptible de ralentir considérablement les investigations et surtout compromettre la réussite de l'enquête. Plus encore, en raison de différence de systèmes juridiques, les éléments de preuves obtenus à travers l'entraide judiciaire ne peuvent être directement utilisés. Il en va de la validité des données recueillies, *a fortiori* de la procédure dans son ensemble.

761.- Pour autant, l'intégration d'une équipe commune d'enquête dans les divers ordres juridiques des Etats ne règle pas tous les problèmes. Si elle augmente la possibilité de son usage par les Etats, elle fait aussi apparaître d'autres obstacles non réglés par les dispositions européennes. Il appartient aux Etats, bien avant la décision de mettre en œuvre une équipe commune d'enquête, de signer des accords pour tenter de trouver des solutions. C'est notamment le cas de la charge du coût d'une telle opération. Les enquêteurs détachés dans une équipe commune d'enquête doivent être pris en charge par leurs Etats d'origine. La durée plus ou moins longue des investigations¹⁹⁷⁰ va nécessairement avoir un impact sur le budget. Les autorités étatiques pourraient être conduites à écourter le temps des investigations. Cela est d'autant plus vrai que les investigations menées vont nécessiter l'utilisation de certains procédés tels que les écoutes téléphoniques, les interprètes, les infiltrations et autres procédés nécessaires à l'obtention des éléments de preuves. Le coût de fonctionnement serait alors très important¹⁹⁷¹. Dans une période de crise financière où l'Etat cherche à faire des économies pour éviter la faillite, il n'est pas impossible que la constitution d'une telle équipe ne soit véritablement mise en place qu'en cas de nécessité. Les Etats pourraient se contenter de mécanisme classique de coopération telle que l'entraide judiciaire. Ainsi, les contraintes budgétaires constitueraient un facteur de mise à l'écart de la formation des équipes communes d'enquête. Pour éviter une telle situation, les Etats pourraient faire des efforts de s'entendre pour supporter équitablement le coût d'un tel dispositif. Le soutien financier pourrait être compensé par les biens confisqués. Des accords seraient indispensables pour le partage des biens saisis¹⁹⁷². Ce partage devrait se faire proportionnellement au coût supporté par chaque

¹⁹⁷⁰ L'équipe commune d'enquête est instituée pour une durée d'une année. Elle peut aller jusqu'à son terme ou s'arrêter au bout de plusieurs semaines ou plusieurs mois.

¹⁹⁷¹ V. BLEROT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 171.

¹⁹⁷² C'est le cas des Etats-Unis et le Canada qui ont signé des accords sur le partage des biens confisqués.

Etat. L'intérêt est d'inciter les Etats à apporter une aide financière conséquente, tout en sachant qu'ils pourraient la récupérer en cas de confiscation des avoirs. Au-delà de l'importance du coût financier, la préoccupation majeure résulte du règlement du litige relatif à la compétence.

762.- Il est à constater que s'il y a « une enquête unique, il n'y a pas obligatoirement de procédure judiciaire unique »¹⁹⁷³. Plusieurs Etats peuvent se déclarer compétents pour juger l'affaire. Or, en vertu de la règle *non bis in idem*¹⁹⁷⁴ les personnes impliquées ne peuvent être poursuivies et jugées deux fois pour la même infraction. Les Etats sont donc contraints de partager les affaires et chacun est tenu de juger une infraction différente des autres Etats. Aussi, ils sont tenus de se partager les éléments de preuve obtenus. Or, une même donnée peut concerner plusieurs infractions. Plus encore, il peut arriver qu'une infraction ait un lien avec les autres infractions. Dans ce contexte, il semble difficile que plusieurs Etats décident de poursuivre et de juger les auteurs de l'infraction. Il serait plus sage que les Etats se mettent d'accord, bien avant la formation d'une équipe commune d'enquête, sur la juridiction étatique pour poursuivre et juger les auteurs de l'infraction. Ou encore, ils pourraient confier le pouvoir de désignation de l'Etat compétent pour poursuivre et juger l'affaire aux mains d'Eurojust¹⁹⁷⁵. Ces initiatives éviteraient tout risque de conflit de compétence. Par ailleurs, l'obtention et la recevabilité des preuves situées sur les territoires de plusieurs Etats membres de l'Union européenne se trouvent encore facilitées par le mécanisme de reconnaissance mutuelle.

¹⁹⁷³ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 171.

¹⁹⁷⁴ Article 113-9 du Code pénal.

¹⁹⁷⁵ V. BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 171.

SECTION II : LA RECONNAISSANCE MUTUELLE

763.- L'ouverture des frontières au sein de l'espace européen a favorisé le développement de la criminalité transfrontière¹⁹⁷⁶. Le passage de « l'entrave pénale » à « l'entraide pénale »¹⁹⁷⁷ pousse à la création d'un espace « pénal européen ». Mais cette création se heurte à un certain nombre d'obstacles, parmi lesquels des différences juridiques liées à la coexistence de deux systèmes juridiques principaux : droit continental et Common Law¹⁹⁷⁸. Pour le droit continental, ce sont les moyens utilisés par la police qui déterminent la recevabilité de la preuve. Une preuve ne peut être admise que si elle a été obtenue dans des conditions légales. Dans le droit issu de la Common Law, le juge n'a que peu d'intérêt aux moyens utilisés par la police dans la recherche de la preuve. Néanmoins, cette affirmation doit être relativisée ; par exemple, l'adoption en Angleterre du « police and criminal evidence act » en 1984, permet au juge de supprimer une preuve « s'il lui semble que compte tenu de toutes les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue, sa réception aurait un effet si préjudiciable à l'équité du procès, que le tribunal ne doit pas la recevoir ».

764.- La création d'un « espace pénal européen » suppose l'harmonisation des règles de collecte et de transmission des preuves en vue de favoriser leur utilisation par les autorités judiciaires des Etats membres, sans que leur administration ne puisse être remise en cause. La consécration du principe de reconnaissance mutuelle selon lequel une décision pénale rendue par une autorité d'un Etat membre doit être exécutée par les autorités d'un autre Etat membre comme si cette décision avait été rendue par ce dernier¹⁹⁷⁹, amorce l'affaiblissement des contrôles étatiques en raison de la judiciarisation des procédures¹⁹⁸⁰. En matière de recherche et de transmission de preuve, la reconnaissance mutuelle constitue un puissant facteur de

¹⁹⁷⁶ M. MASSE, « Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 469.

¹⁹⁷⁷ A. PERDUCA et P. RAMAEL, *Le crime international et la justice*, Flammarion, 1998. p. 85.

¹⁹⁷⁸ D'un côté le droit pénal continental issu du droit romain dans lequel, la certitude parfaite de culpabilité est indispensable à la condamnation, de l'autre côté le droit issu de la « Common Law » dans lequel les éléments de preuve n'acquièrent la qualité de « preuve » qu'à l'audience. La preuve se construit de la phase d'enquête à la phase de jugement. Le jugement sur la culpabilité n'intervient que lorsque l'accusé ne plaide pas coupable. Dans ce cas, la décision sur la culpabilité est prise après que les preuves aient été débattues contradictoirement, et la personne poursuivie ne peut être condamnée « qu'au-delà du doute raisonnable ». Lorsque l'accusé plaide coupable, il n'existe aucune discussion sur la preuve et la condamnation s'impose.

¹⁹⁷⁹ G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 11 et s.

¹⁹⁸⁰ J. PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen ; un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », *D.* 2004, p. 1392 et s ; S. LAINE, « Mandat d'arrêt européen : présentation et aspects pratiques », *AJ Pén.* 2006, chron. p. 9 ; C.-S. ENDERLIN, « Le mandat d'arrêt européen », *AJ Pén.* 2006, chron. p. 24.

dépassement de l'entraide judiciaire traditionnelle (§1) permettant l'optimisation de la collecte des preuves dans l'ensemble de l'espace européen (§2).

§1. Le dépassement de l'entraide judiciaire traditionnelle

765.- Pour obtenir une preuve située à l'étranger, l'Etat est conduit à déclencher le mécanisme d'entraide judiciaire¹⁹⁸¹. Celui-ci consiste en une demande faite par l'Etat requérant à un Etat requis de rechercher la preuve. Néanmoins, cette demande ne peut être faite que conformément au droit national de l'Etat requis, et l'autorité compétente chargée d'étudier la demande de rechercher et *a fortiori* de transmettre la preuve n'est pas une autorité judiciaire¹⁹⁸². Il s'en suit que l'entraide judiciaire, si elle s'est avérée être une aide précieuse pour les Etats, comporte néanmoins des limites. L'Etat requis n'est pas tenu de répondre favorablement à la demande notamment lorsque l'infraction pour laquelle la demande est effectuée ne constitue pas, au regard de sa législation, un acte répréhensible. Et, en cas de réponse positive, la durée d'un tel dispositif peut s'avérer longue¹⁹⁸³, incompatible avec la célérité de la procédure. De surcroît, dans un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, la libre circulation des preuves est l'une des modalités de la reconnaissance mutuelle. Il doit exister au sein de cet espace une confiance entre les Etats membres de l'Union européenne, de telle sorte que la fiabilité de la preuve obtenue à l'étranger ne puisse pas être mise en cause. L'affirmation de la reconnaissance mutuelle des éléments de preuves admis par l'ensemble des Etats membres amorce un changement de paradigme dans la coopération au sein de l'Union européenne¹⁹⁸⁴. La décision de gel de biens ou d'éléments de preuve (A) et le mandat européen d'obtention de preuves (B) concrétisent cette nouvelle approche dans les relations entre les Etats membres.

A. La décision de gel de biens ou d'éléments de preuve

766.- L'idée de permettre aux autorités compétentes d'agir rapidement pour obtenir les éléments de preuve situés sur le territoire d'un Etat membre s'est réalisée par l'adoption de la

¹⁹⁸¹ J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 37.

¹⁹⁸² M. MASSE, « Droit pénal international », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 410 et s.

¹⁹⁸³ T. DIALLO, « L'entraide répressive internationale en matière pénale : esquisse d'une problématique », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 543.

¹⁹⁸⁴ V.-G. KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), Ed. de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 3 ; V., H. LABAYLE, « Instrument et procédures de l'espace de liberté, la sécurité et la justice », in *Quelles réformes pour l'espace européen*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 41.

décision-cadre du Conseil de l'union européenne du 22 juillet 2003¹⁹⁸⁵, laquelle vise à rendre immédiatement exécutoire, dans un pays membre, une décision de gel prise par un autre pays membre sans que celui-ci ne doive prendre de décision nationale. Cette décision-cadre a été transposée, en droit français, par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice¹⁹⁸⁶. Aux termes de l'article 695-9-1 du Code de procédure pénale, une décision de gel de biens ou d'éléments de preuve est une décision prise par une autorité judiciaire d'un Etat membre de l'Union européenne, appelé Etat d'émission, afin d'empêcher la destruction, la transformation, le déplacement, le transfert ou l'aliénation d'un bien susceptible de faire l'objet d'une confiscation ou de constituer un élément de preuve et se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre, appelé Etat d'exécution.

767.- Le terme de « gel » vise toute mesure prise par une autorité judiciaire compétente de l'Etat d'émission pour éviter la disparition des biens ou d'éléments de preuve. Mais cette expression de « gel » ne convient pas à certains auteurs¹⁹⁸⁷ qui, selon eux, traduit une métaphore absurde. Ils préfèrent le recours à la notion de « saisie » qui est juridiquement bien connue et parfaitement adéquate¹⁹⁸⁸. La préférence de terme de « gel » à celui de « saisie » est justifiée par la circulaire du 10 août 2005¹⁹⁸⁹ d'une part pour demeurer fidèle à la terminologie utilisée par la décision-cadre, d'autre part parce qu'il permet de couvrir un ensemble de mesures plus larges que le domaine de la saisie « *stricto sensu* ». En d'autres termes, une décision de gel englobe la saisie proprement dite d'un élément de preuve et toutes les mesures conservatoires prises sur le bien, telles qu'une hypothèque.

768.- Le champ d'application d'une décision de gel semble relativement restreint puisque, d'une part, les biens susceptibles de donner lieu à la prise ou à l'exécution d'une décision de

¹⁹⁸⁵ Décision-cadre n° 2003/577/JAI relative à l'exécution dans l'union européenne des décisions de gel des avoirs ou des éléments de preuve, JOUE 2 août 2001, n° L 196, p. 45.

¹⁹⁸⁶ JO 6 juil. 2005, p. 11136 ; articles 695-9-1 à 695-9-30 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁸⁷ J. SCHUTTE, « Commentaire sur le projet de décision-cadre relatif à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBEGH (dir.), Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 106.

¹⁹⁸⁸ J. SCHUTTE, « Commentaire sur le projet de décision-cadre relatif à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBEGH (dir.), Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 106.

¹⁹⁸⁹ CRIM-05-20/CAB-10/08/2005 portant présentation des dispositions du code de procédure pénale relatives au gel de biens ou d'éléments de preuve résultant de la loi n° 2005-705 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice.

gel sont les biens qui constituent le produit d'une infraction ou correspondent en tout ou partie à la valeur de ce produit ou encore constituent l'instrument ou l'objet de l'infraction¹⁹⁹⁰. Il doit nécessairement exister un lien direct entre le bien susceptible d'être gelé et l'infraction poursuivie. A défaut de cette exigence, la décision de gel ne pourrait recevoir une réponse favorable. C'est pour éviter le gel de tous les biens de la personne mise en cause que cette disposition impose une relation directe entre le bien et l'infraction. L'objectif n'étant pas de priver la personne de tous ses biens, mais seulement de ceux qui intéressent l'enquête.

Par ailleurs, les éléments de preuve susceptibles d'intéresser la décision de gel sont les objets, documents ou données susceptibles de servir de pièces à conviction dans le cadre d'une procédure pénale dans l'Etat d'émission¹⁹⁹¹. Il incombe à l'Etat d'émission, avant toute décision de gel, de déterminer si les objets ou données sont susceptibles de constituer une pièce à conviction. Il n'est alors pas admis de geler tous les éléments que les autorités compétentes de cet Etat pourraient considérer comme un élément de preuve ; il faut qu'ils aient une certaine force probante. Il en va de la validité de ces éléments de preuve devant les juridictions de l'Etat d'émission. Rien ne pourrait empêcher la personne mise en cause de contester l'admission d'une telle preuve au motif qu'elle ne constitue pas, au regard de la procédure pénale, une pièce à conviction. Cette double exigence tant au niveau de biens qu'au niveau des éléments de preuve susceptibles d'être gelés tend à encadrer la procédure de l'Etat d'émission. La demande doit avoir été précédée des investigations minutieuses, établissant de manière certaine que les biens et les éléments de preuve qui font l'objet d'une décision de gel ont un lien avec l'infraction pour les uns et constituent une pièce à conviction pour les autres. Cela explique un certain encadrement de la procédure d'émission et d'exécution de la décision de gel de biens ou d'éléments de preuve.

769.- La police judiciaire ne fait pas partie des autorités judiciaires compétentes pour émettre une décision de gel. La loi confie cette mission au procureur de la République, juridictions d'instruction, juge des libertés et de la détention ainsi qu'aux juridictions de jugement¹⁹⁹². La présence de ces dernières parmi les autorités compétentes pour prendre une telle décision s'explique par la prise en compte de la possibilité pour une juridiction de jugement d'ordonner la saisie d'éléments de preuve dans le cadre d'une mesure avant-dire droit.

¹⁹⁹⁰ Article 695-9-2, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale.

¹⁹⁹¹ Article 695-9-2, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁹² Article 695-9-7 du Code de procédure pénale.

Toutefois, celle-ci reste incompétente pour prendre une mesure conservatoire sur un bien en vue de sa confiscation ultérieure. Il en résulte que « l'envoi simultané de la décision de gel d'un bien à des fins de confiscation et d'une décision de confiscation n'est donc pas possible »¹⁹⁹³. L'absence de la présence de la police judiciaire parmi les autorités compétentes ne signifie pas pour autant qu'elle ne joue aucun rôle. Il est évident que la décision de geler un bien ou un élément de preuve ne viendra qu'après des investigations menées par la police judiciaire. Cette dernière peut être amenée à constater la présence à l'étranger d'un objet capital pour l'enquête. Elle va alors prévenir les autorités compétentes, ce n'est qu'après ce constat que l'autorité compétente peut émettre la décision de gel. Sans ce travail accompli en amont par la police judiciaire soit d'initiative, soit sous contrôle de l'autorité compétente, il est difficile voire impossible pour cette dernière d'avoir la quasi certitude que tel objet ou telle donnée susceptible d'être confisqué ou de constituer un élément de preuve ait un lien avec l'infraction ou sert de pièce à conviction.

770.- La décision de gel de biens ou d'éléments de preuve doit être accompagnée d'un certificat établi par l'autorité judiciaire ayant émis la décision de gel¹⁹⁹⁴. Ce certificat signé par l'autorité compétente doit comporter certaines mentions notamment les données permettant d'identifier les biens ou éléments de preuve faisant l'objet de la décision de gel, les motifs de la décision, la date et l'objet de la décision de gel, la description complète de l'infraction ainsi que les voies de recours contre la décision de gel¹⁹⁹⁵. C'est donc le certificat qui semble être l'élément le plus important, en ce sens il comporte les mentions permettant à l'autorité compétente de l'Etat d'exécution de vérifier l'exactitude des informations¹⁹⁹⁶. Ainsi, l'émission seule de la décision de gel paraît insuffisante pour recevoir exécution¹⁹⁹⁷. Il ne serait pas inexact d'avancer que le défaut de certificat aurait pour conséquence l'inexécution de la décision. L'autorité de l'Etat ne serait pas en mesure d'effectuer un contrôle « *a minima* » de la décision. Plus encore, elle serait privée de la possibilité de connaître avec précision les biens susceptibles d'avoir une relation avec l'infraction et les éléments de preuve servant de pièce à conviction. Dans ces conditions, l'autorité judiciaire se trouve dans l'obligation de répondre défavorablement. En raison de son importance, le certificat doit

¹⁹⁹³ A. BEZIZ-AYACHE, « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve », *AJ Pén.* nov. 2005, 411.

¹⁹⁹⁴ Article 695-9-3 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁹⁵ Article 695-9-3 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁹⁶ A. BEZIZ-AYACHE, « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve », *AJ Pén.* nov. 2005, p. 411.

¹⁹⁹⁷ E. CHEVRIER, « Procédure de gel de biens ou d'éléments de preuves », *AJ pén.* nov. 2006, p. 427.

pouvoir être compris par l'autorité de l'Etat d'exécution, ce qui explique que seul le certificat et non la décision de gel doit être traduit dans la langue officielle ou dans une des langues officielles de l'Etat d'exécution ou dans l'une des langues officielles des institutions des Communautés européennes acceptées par cet Etat¹⁹⁹⁸. Ce travail accompli en amont permet un traitement rapide de la demande et évite des interprétations approximatives.

771.- En somme, la décision de gel n'acquiert d'importance significative que par la présence à ses côtés du certificat. Cela signifie, pour simplifier, que la décision de gel ne peut être transmise à l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution qu'accompagnée du certificat dans des conditions permettant d'en vérifier l'authenticité. Cette transmission peut se faire par tout moyen laissant une trace écrite tel que courrier, télécopie ou messagerie électronique¹⁹⁹⁹.

772.- Lorsque la France est l'Etat d'exécution, une certaine répartition de compétences entre les diverses autorités judiciaires s'opère²⁰⁰⁰. Il est mentionné que la compétence est dévolue au juge d'instruction pour statuer sur les demandes de gel d'éléments de preuve ainsi que pour les exécuter. Le juge des libertés et de la détention est quant à lui compétent pour statuer sur les demandes de gel des biens en vue de leur confiscation ultérieure. Quant au procureur de la République, il est compétent pour procéder à l'exécution des mesures ordonnées par le juge des libertés et de la détention. Cette répartition peut entraîner une certaine confusion aux yeux des autorités judiciaires compétentes de l'Etat d'émission ; il peut arriver une erreur sur le destinataire. Pour éviter le renvoi de la décision de gel à cette autorité, il est prévu une transmission sans délai par l'autorité incompétente à l'autorité judiciaire compétente et ce, avec obligation d'en informer l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission²⁰⁰¹. La mise en place d'une décision de gel est justifiée par des impératifs de rapidité. Pour cela il aurait fallu, pour obliger une transmission rapide à l'autorité compétente, impartir un délai. Par exemple, on aurait pu prévoir un délai de 7 jours à compter de la réception par l'autorité incompétente de la demande. L'enjeu est d'éviter la disparition de certains éléments, et la perte de temps joue donc en défaveur d'une telle mesure. Sans cette imposition de délai, le risque est de voir un certain ralentissement de la décision de gel. Seule l'imposition d'une durée permettrait un gain de temps non négligeable pouvant mettre fin à la destruction des éléments concernés. Tel

¹⁹⁹⁸ Article 695-9-5 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁹⁹ Article 695-9-6 du Code de procédure pénale.

²⁰⁰⁰ Article 695-9-10 du Code de procédure pénale.

²⁰⁰¹ Article 695-9-11 du Code de procédure pénale.

est le cas prévu lors de la réception par l'autorité compétente de la décision de gel, elle est tenue de se prononcer et d'exécuter la demande dans des délais très brefs²⁰⁰² sauf exceptions : la possibilité de différer²⁰⁰³ ou de refuser²⁰⁰⁴ l'exécution de la décision de gel. En tout état de cause, la procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve offre une véritable plus-value dans la collecte d'éléments de preuve dans l'ensemble de l'espace européen. C'est aussi le cas du mandat européen d'obtention de preuves.

B. Le mandat européen d'obtention de preuves

773.- Dans le cadre de processus de rapprochement des législations, l'élaboration d'un instrument en matière de la recherche et de la transmission des preuves constitue la composante clef au sein de « l'espace pénal européen ». Les efforts entrepris ont conduit à l'adoption le 18 décembre 2008 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves visant le recueil d'objets, de documents et de données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales²⁰⁰⁵.

774.- Le mandat d'obtention de preuves est défini comme « une décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un Etat membre, afin d'obtenir des objets, des documents et des données d'un autre Etat membre en vue de leur utilisation dans le cadre des procédures pénales »²⁰⁰⁶. Son champ d'application est relativement restreint puisqu'au regard de la définition, le mandat ne s'applique qu'aux objets, documents, données. En d'autres termes, le mandat d'obtention de preuves ne vise que les preuves qui existent déjà et sont facilement accessibles²⁰⁰⁷. Il s'agit notamment des relevés de l'utilisation de réseaux de communications, les relevés de l'utilisation de tous les services y compris les transactions financières, les preuves médicales-légales (sauf si elles impliquent des prélèvements sur le corps d'une personne), les procès-verbaux des dépositions et interrogatoires. En dehors de ces cas limitativement énumérés, la collecte des éléments de preuve situés sur le territoire d'un Etat

²⁰⁰² Article 695-9-13 du Code de procédure pénale.

²⁰⁰³ Article 695-9-20 du Code de procédure pénale.

²⁰⁰⁴ Article 695-9-16 et 695-9-17 du Code de procédure pénale.

²⁰⁰⁵ Décision-cadre n° 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, *JO* 30 déc. 2008, L. 350, p. 72.

²⁰⁰⁶ Article 1^{er} décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰⁰⁷ Article 4 décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

membre reste soumise au mécanisme classique d'entraide judiciaire²⁰⁰⁸. A vrai dire, le mandat n'est pas conçu pour demander des investigations dans la mesure où ces demandes impliquent la recherche d'éléments de preuve en temps réel²⁰⁰⁹. Or, ces éléments de preuve n'existent pas au moment d'émission du mandat d'obtention de preuves. C'est donc le critère « d'existence » qui lie toute émission et exécution du mandat européen d'obtention de preuves.

775.- Contrairement à la décision de gel de biens ou d'éléments de preuve qui s'accompagne d'un certificat, le mandat européen d'obtention de preuves est constitué d'un document unique. Mais ce dernier, à l'instar de la décision de gel, doit être rédigé ou traduit dans une des langues officielles de l'Etat d'exécution ou dans toute autre langue acceptée par cet Etat. Le contenu de la demande doit être certifié exact par l'autorité judiciaire d'Etat d'émission parallèlement à la décision de gel²⁰¹⁰. Il en résulte ainsi que tout le travail en amont repose sur l'Etat d'émission. Il ne peut émettre un mandat sans avoir préalablement effectué quelques investigations. Il doit avoir la « quasi » certitude, lorsqu'il émet le mandat, de l'exactitude des informations mentionnées dans le mandat²⁰¹¹. Le travail de l'autorité compétente de l'Etat d'exécution se limite à la recherche et transmission des éléments de preuves prévues dans le mandat, elle n'est pas tenue d'effectuer des investigations supplémentaires. La fausseté ou l'inexactitude d'informations peut constituer un motif de non-exécution du mandat²⁰¹². L'Etat d'émission serait dans ce contexte contraint d'émettre un nouveau mandat ou du moins compléter ou corriger les informations.

776.- La transmission de la demande est directe, elle se fait entre autorités compétentes²⁰¹³. Lorsque la demande est envoyée à une autorité incompétente, celle-ci, comme pour la décision de gel, doit la transmettre directement à l'autorité judiciaire compétente de l'Etat d'exécution tout en informant l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission de sa démarche²⁰¹⁴. La réception de la demande implique pour l'autorité compétente la reconnaissance du mandat

²⁰⁰⁸ S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et CH. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 162.

²⁰⁰⁹ Ce qui explique l'exclusion d'émission de mandat pour des demandes de transmission d'éléments de preuves ne pouvant résulter que d'enquêtes ou d'analyses complémentaires.

²⁰¹⁰ Article 6 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰¹¹ Article 8 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰¹² S. MANACORDA, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 886.

²⁰¹³ *Infra* n° 779.

²⁰¹⁴ Article 8.5 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

conformément aux règles, sans qu'aucune autre formalité ne soit requise²⁰¹⁵. En raison de la reconnaissance mutuelle, le mandat a le même effet qu'une décision nationale, de ce fait, l'exécution doit avoir lieu dans les mêmes conditions que si la décision émane d'une autorité compétente de l'Etat d'exécution²⁰¹⁶. Cette exécution doit se dérouler dans les meilleurs délais, il est prévu un délai maximum de 60 jours à compter de la réception du mandat. De même, la décision de refus d'exécution du mandat doit être communiquée au plus tard dans les 30 jours après la réception²⁰¹⁷. En somme, la reconnaissance mutuelle organise de la même manière l'émission et l'exécution des demandes tendant à collecter les éléments de preuves. Cette uniformisation des règles optimise la collecte de preuves dans l'espace européen.

§2. L'optimisation de la collecte de la preuve

777.- Sous l'influence de la reconnaissance mutuelle, les législations internes évoluent dans le sens d'une harmonisation progressive. Dans cette perspective, la coopération se trouve renforcée par la facilité accrue d'émission et d'exécution des demandes. Celle-ci résulte de l'acceptation par les Etats de l'atténuation de leur souveraineté qui répond à l'impératif de célérité de procédures (A). Toutefois, en pratique, la nouvelle procédure semble relativement limitée (B).

A. La célérité de procédures

778.- Les dispositifs de reconnaissance mutuelle se caractérisent par la limitation des pouvoirs des Etats. Ces derniers ne peuvent contrôler les règles régissant l'obtention des preuves, les moyens pour la recherche et l'obtention des preuves²⁰¹⁸.

779.- Il est d'abord à noter la consécration du principe de transmission directe entre des autorités judiciaires compétentes. Cette exigence est commune à la décision de gel²⁰¹⁹ et au mandat d'obtention de preuves²⁰²⁰. Cette transmission directe à l'autorité judiciaire se justifie par la nécessaire accélération de la procédure. Le gain de temps est relativement considérable

²⁰¹⁵ Article 11 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰¹⁶ Articles 1^{er}, 2 et 11 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰¹⁷ Article 15 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰¹⁸ J.A.-E. VERVAELE, « Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête administrative et judiciaire ; recueil des preuves et utilisation des preuves dans le domaine des intérêts financiers de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 472.

²⁰¹⁹ Article 695-9-6 et ss du Code de procédure pénale.

²⁰²⁰ Articles 2 et 8 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

dans l'étude de la demande ou la transmission. En effet, sous l'empire de mécanisme d'entraide judiciaire classique, la demande doit d'abord passer par une autre autorité et celle-ci peut ensuite la transférer à l'autorité judiciaire²⁰²¹. Le passage de l'une à l'autre autorité entraîne une perte de temps non négligeable. La suppression d'un intermédiaire dans la réception de la demande ou la transmission répond logiquement à cet impératif de rapidité. Plus vite l'autorité judiciaire reçoit la demande, plus vite elle la traite et moins la problématique de dépérissement de la preuve se pose.

780.- Ensuite, il est observé une mutation du principe de la double incrimination. Selon cette règle, une demande de coopération ne peut être exécutée que si l'infraction reprochée est incriminée à la fois dans l'Etat d'émission et dans l'Etat d'exécution. Or, il est apparu que « dans un climat de confiance mutuelle la règle de la double incrimination se comprenait de moins en moins »²⁰²². La méfiance que traduit cette règle semble incompatible avec l'exigence de confiance mutuelle induite par la reconnaissance mutuelle. La réalisation d'une telle confiance implique la suppression de ce principe. Ainsi, les instruments mis en place concourent à l'affaiblissement de la règle de la double incrimination. La décision de gel et le mandat d'obtention de preuves écartent la règle de la double incrimination pour une liste de trente-deux catégories d'infractions et à condition que la législation de l'Etat d'émission prévoie, pour réprimer ces infractions, une peine privative de liberté d'au moins trois ans d'emprisonnement²⁰²³. En vérité, l'abolition de la double incrimination n'est que partielle puisqu'elle reste imposée pour toutes les autres infractions ne relevant pas de cette liste. Plus encore, la portée de cette abolition est relativement limitée dans la mesure où les infractions pour lesquelles la double incrimination est supprimée sont considérées comme extrêmement graves ou complexes, ce qui répond à l'exigence de proportionnalité. A titre d'exemple, il est question de la participation à une organisation criminelle, du terrorisme, de la traite des êtres humains. Il ne fait aucun doute que ces infractions sont appréhendées par l'ensemble des

²⁰²¹ M. MASSE, « Actualité française de l'entraide judiciaire internationale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 891.

²⁰²² J. PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen, un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit pénal français de l'extradition », *D.* 2004, chron. p. 1392.

²⁰²³ Article 695-23 du Code de procédure pénale ; article 14 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves : « La reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves n'est pas subordonnée au contrôle de la double incrimination, sauf s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie. S'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie pour exécuter le mandat européen d'obtention de preuves, les infractions figurant ci-dessous, si elles sont punies dans l'Etat d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans telles qu'elles sont définies par le droit dudit Etat, ne font en aucun cas l'objet d'un contrôle de la double incrimination ».

législations des Etats membres. A cet égard le respect de l'exigence de la double incrimination ne pose *a priori* aucune difficulté.

Au fond la réalisation de la pleine reconnaissance mutuelle, *a fortiori* de la confiance mutuelle implique l'abandon total du principe de double incrimination au sein de l'espace européen. La seule limite à la généralisation de l'absence de double incrimination, appréciée par l'Etat d'émission, serait le quantum de la peine. Il nous paraît logique fixer le seuil à cinq années d'emprisonnement, c'est-à-dire toutes les infractions punies d'une peine égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement échapperaient désormais à la règle de double incrimination. Cette solution irait dans le sens de l'édification d'un espace de justice commun fondé sur le principe de proportionnalité. Plus encore, elle traduirait pleinement une véritable confiance entre les Etats membres.

781.- Par ailleurs, il ne serait nécessaire d'ajouter, à côté de la liste de trente-deux catégories d'infractions, des infractions échappant à la condition de double incrimination. C'est le cas des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane et de change qui bénéficient de la suppression de la règle de double incrimination²⁰²⁴. Dès lors que ces infractions sont réprimées par l'ensemble des législations des Etats membres, le seul intérêt d'une telle abolition est d'accélérer la coopération. Les autorités judiciaires de l'Etat d'émission n'ont plus à se préoccuper de la bonne qualification juridique des faits, en vérifiant si l'infraction existe dans la législation de l'Etat d'exécution. Finalement, l'absence d'exigence de la double incrimination pallie le manque d'harmonisation entre les définitions des infractions incriminées par les Etats membres.

782.- Enfin, les éléments de preuves recueillis et transmis aux autorités judiciaires de l'Etat d'émission vont être utilisés dans le cadre d'une procédure afin de poursuivre les auteurs présumés de l'infraction. Leur validité ne peut être mise en cause que si les règles de collecte dans les Etats membres répondent aux mêmes exigences. Pour éviter les problèmes de l'irrecevabilité de la preuve, la reconnaissance mutuelle impose la recherche et l'obtention des preuves dans le respect des règles applicables dans l'ensemble des Etats membres.

²⁰²⁴ Article 695-9-18 du Code de procédure pénale ; article 14. 3 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

783.- L'autorité judiciaire de l'Etat d'émission émet la demande conformément aux formalités prévues par les différents instruments. Il peut même imposer que la demande soit exécutée dans l'Etat d'exécution selon ses exigences²⁰²⁵. Cela s'explique principalement par l'existence d'un socle commun des garanties fondamentales au sein de l'Union européenne²⁰²⁶. L'Etat d'exécution reçoit la demande comme s'il s'agissait d'une décision nationale²⁰²⁷. Son exécution est réputée l'avoir été sur le territoire de l'Etat d'émission. En conséquence, l'examen de la force probante sera effectué comme si les éléments de preuves avaient été recueillis sur le territoire national²⁰²⁸. En tout état de cause, la légitimité de la preuve obtenue repose sur le respect des garanties analogues, existantes dans toutes les législations des Etats membres. En particulier, l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission est tenue de s'assurer de l'équivalence de sa législation avec celle de l'Etat d'exécution, c'est-à-dire qu'elle est tenue de s'assurer d'éventuelle récolte de la preuve dans les mêmes circonstances que si elle se trouvait sur son propre territoire.

784.- Quant à l'autorité de l'Etat d'exécution, elle est tenue d'exécuter la demande conformément aux droits fondamentaux garantis²⁰²⁹. La police judiciaire ne fait pas partie des autorités judiciaires compétentes pour émettre le mandat. Nul doute qu'elle joue un rôle lors d'émission et d'exécution du mandat d'obtention. En effet, lorsque la France est l'Etat d'exécution, il revient à la police judiciaire de collecter les éléments de preuve avant leur transmission à l'Etat d'émission. Lorsque la France est l'Etat d'émission, la décision d'émettre le mandat ne viendra qu'après des investigations menées par la police judiciaire. Cette dernière peut être amenée à constater la présence à l'étranger des éléments de preuve. Elle prévient alors l'autorité compétente, ce n'est qu'après ce constat que celle-ci peut émettre le mandat d'obtention de preuves. Celui-ci n'écarte pas tous les obstacles.

²⁰²⁵ Article 695-9-7 du Code de procédure pénale ; article 12 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰²⁶ S. MANACORDA, « Reconnaissance mutuelle et des droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 881 et s.

²⁰²⁷ C'est l'une des manifestations de la reconnaissance mutuelle.

²⁰²⁸ S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'Espace judiciaire européen civil et pénal ; regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et CH. PIGACHE (dir.), Dalloz, 2009, p. 159 et s.

²⁰²⁹ S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'Espace judiciaire européen civil et pénal ; regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et CH. PIGACHE (dir.), Dalloz, p. 159 et s.

B. Les inconvénients et limites à l'expansion des outils de la reconnaissance mutuelle

785.- Contrairement à d'autres instruments de la reconnaissance mutuelle²⁰³⁰, la décision de gel et le mandat européen d'obtention de preuves ne se substituent pas aux procédures classiques d'entraide judiciaire. C'est ainsi que la décision de gel de biens ou d'éléments de preuves ne concerne que le gel des éléments concernés. Le transfert ou l'exécution d'une décision de confiscation du bien s'effectue selon les règles traditionnelles de l'entraide judiciaire²⁰³¹. A défaut d'une demande de transfert ou d'exécution d'une mesure conservatoire en vue de sa confiscation ultérieure, l'élément de preuve saisi ou le bien gelé sera conservé dans l'Etat d'exécution dans l'attente de sa transmission²⁰³². Il est un paradoxe de prévoir deux procédures complètement différentes pour recueillir et transférer un même bien ou élément de preuve. L'utilité d'une telle césure n'apparaît guère. Bien au contraire, la cohabitation de ces deux mécanismes alourdit substantiellement la procédure, alors même que l'intérêt de la décision de gel repose sur sa rapidité.

786.- L'édification d'un « véritable » espace judiciaire européen passe par l'instauration d'un instrument unique de reconnaissance mutuelle qui aurait pour vocation de se substituer à l'ensemble des procédures d'entraide existantes au sein de l'Union européenne, *a fortiori* au niveau international. Seul cet outil remplirait parfaitement l'ambition d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice. La contrainte imposée à l'Etat de joindre au certificat une demande de transfert ou une demande d'exécution d'une décision de confiscation du bien ne va pas dans le sens de l'édification d'un espace pénal européen. La réalisation de ce dernier implique la substitution des outils de la reconnaissance mutuelle à ceux d'entraide judiciaire classique. On aurait pu croire que le mandat européen d'obtention de preuves allait pallier cette insuffisance en se substituant aux mécanismes d'entraide judiciaire relatifs à la preuve, il en est autrement. L'absence de généralisation de décision de gel de biens et du mandat européen d'obtention de preuves à toutes les preuves quelles qu'elles soient traduit un éclatement du système de la preuve pénale en une succession de procédures différentes²⁰³³.

²⁰³⁰ Tel que le mandat d'arrêt européen.

²⁰³¹ M. MASSE, « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *Rev. sc. crim.* 2006, chron. p. 469 ; E. CHEVALIER, « Procédure de gel de biens ou d'éléments de preuves », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 426.

²⁰³² Article 695-9-4 du Code de procédure pénale.

²⁰³³ S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'Espace judiciaire européen civil et pénal ; regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et CH. PIGACHE (dir.), Dalloz, p. 162 ; S. MANACORDA, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégale », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 886.

787.- De même, la décision de gel de biens ou d'éléments de preuves et le mandat européen d'obtention de preuves ne reçoivent pas une application automatique dès leur émission. Il est laissé à l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution une marge de manœuvre dans l'exécution de demandes²⁰³⁴. Dans cette perspective, l'autorité judiciaire d'exécution peut faire valoir des motifs de refus ou de report d'exécution. Il est à noter à la fois une similarité et une divergence de ces motifs.

788.- S'agissant de l'analogie de motifs, il convient tout d'abord d'observer que l'exécution de la décision de gel ou de mandat d'obtention de preuves peut être reportée lorsque le certificat ou le formulaire est incomplet ou manifestement incorrect. Dans ces conditions, l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission se voit accorder un délai pour compléter ou corriger²⁰³⁵. Si les éléments apportés se révèlent insuffisants, l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution peut alors refuser d'exécuter la décision de gel ou le mandat d'obtention de preuves²⁰³⁶. Dans le cas contraire elle est tenue d'exécuter immédiatement la demande. Le report peut aussi se fonder sur le risque de nuire à une enquête ou poursuites pénales en cours ou sur le fait que la demande concerne un bien ou un élément de preuve qui a déjà fait l'objet d'une autre procédure²⁰³⁷. Toutefois, dès que le motif de report cesse d'exister, l'autorité judiciaire d'exécution procède à l'exécution de la décision de gel ou du mandat d'obtention de preuves.

789.- Mais encore, l'autorité judiciaire d'exécution peut refuser de reconnaître ou d'exécuter la décision de gel ou le mandat d'obtention de preuves tout d'abord en cas de contrariété au principe *non bis in idem*²⁰³⁸. Selon ce principe, une personne ne peut être poursuivie et jugée deux fois pour le même fait. Lorsque, pour une infraction justifiant la décision de gel ou le mandat d'obtention de preuves, la personne est déjà poursuivie et jugée définitivement dans un Etat autre que l'Etat d'émission, l'autorité judiciaire est fondée à refuser l'exécution de la

²⁰³⁴ A. BEZIZ-AYACHE, « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve », *AJ Pén.* nov. 2005, p. 411.

²⁰³⁵ Article 695-9-16 du Code de procédure pénale et article 16 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰³⁶ Article 695-9-16 du Code de procédure pénale et article 13.1.h de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰³⁷ Article 695-9-20 du Code de procédure pénale et article 16 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰³⁸ Article 695-9-17 §2 du Code de procédure pénale et article 13.1.a de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

décision de gel ou du mandat d'obtention de preuves. Il s'agit d'un motif classique de refus d'exécution d'une décision transfrontière dans le cadre de relations entre les Etats. Il serait anormal d'utiliser le même élément de preuve relevant d'une même infraction pour poursuivre une personne dans différents pays. Les premières poursuites font échec à toutes autres poursuites quelle que soit la décision prise par l'autorité judiciaire de cet Etat. Ce principe évite une multiplication de poursuites contre une seule personne ayant commis une seule infraction.

790.- Ensuite, l'exécution de la demande est impossible en présence d'immunité ou un privilège²⁰³⁹. Il s'agit également de motifs traditionnels de non-exécution d'une demande, néanmoins le problème « est ici qu'il n'existe pas de définition unique de ces immunités et privilèges, applicables dans tous les Etats européens »²⁰⁴⁰. Ce qui pourrait être qualifié d'immunité ou privilège dans un Etat membre ne le serait peut-être pas dans un autre Etat membre. Il apparaît alors nécessaire d'harmoniser les définitions contenues dans les législations des Etats membres pour éviter des incompréhensions. En attendant le rapprochement des législations, les autorités judiciaires pourraient s'inspirer des définitions données par le droit international sur les immunités et privilèges pour procéder ou non à l'exécution de la demande²⁰⁴¹. Une telle aspiration serait source d'une harmonisation implicite de définitions. L'autorité judiciaire d'exécution est fondée à refuser l'exécution en raison de la règle de double incrimination. Cette règle concerne les faits qui ne relèvent pas de l'une des trente-deux catégories d'infractions visées, et ne constituent pas une infraction au regard du droit de l'Etat d'exécution²⁰⁴².

791.- Enfin, l'autorité judiciaire d'exécution est fondée à refuser d'exécuter la demande si celle-ci serait « de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation »²⁰⁴³ et de « nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre

²⁰³⁹ Article 695-9-17§1 du Code de procédure pénale et article 13.1.d de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰⁴⁰ S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'Espace judiciaire européen civil et pénal ; regards croisés*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et CH. PIGACHE (dir.), Dalloz, p. 164.

²⁰⁴¹ M. SINKONDO, « Crimes et immunités diplomatiques : le droit international peut-il à la fois souffler le chaud et le froid ? », in *Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne*, G. CLEMENT et J. LEFEBVRE (dir.), PUF, 2011, p. 167 et s.

²⁰⁴² Article 695-9-17 §4 du Code de procédure pénale et article 13.1.b de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰⁴³ Article 695-9-17 du Code de procédure pénale renvoie à l'article 695-9-14 qui lui renvoie à l'article 694-3 du Code de procédure pénale.

en danger la source d'information ou de comporter l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignements particulières »²⁰⁴⁴. Les notions « d'ordre public » et « sécurité nationale » sont relativement imprécises, de telle sorte qu'elles permettent de couvrir un large panel de comportements que l'Etat d'exécution serait seul en mesure de qualifier comme étant inclus dans ces termes. C'est dire qu'elles offrent une marge d'appréciation aux autorités judiciaires quant à l'exécution de la demande. Celle-ci pourrait être source d'interprétation divergente, chaque législation pourrait être tentée de retenir des éléments différents des autres législations. Ces dispositions ne contribuent donc pas à l'élaboration d'un espace pénal européen qui exige une uniformisation des législations.

792.- La divergence entre la décision de gel et le mandat d'obtention de preuves repose sur l'apport d'autres motifs de rejet d'exécution de la demande. A titre d'illustration, la discrimination est un motif de refus d'exécution de la décision de gel²⁰⁴⁵. Une fois encore, ce principe est un motif classique de refus dans le cadre de l'entraide judiciaire. Sa vocation est d'empêcher toute considération politique dans l'émission de la décision. Il est à noter que le Parlement européen avait, dans son rapport en date du 22 mars 2004, ajouté la nature discriminatoire d'un mandat comme motif de refus d'exécution. Cet ajout a été supprimé, ce qui signifie, en théorie, que la nature discriminatoire du mandat d'obtention de preuves ne constitue pas un motif explicite de refus d'exécution. Il apparaîtrait davantage comme un motif implicite de refus. Il est fort à espérer, dans la pratique, qu'un tel motif ne pourrait fonder l'émission du mandat. L'Etat d'exécution pourrait de toute façon se fonder sur les garanties fondamentales reconnues au sein de l'Union européenne, parmi lesquelles la non-discrimination pour rejeter la demande.

CONCLUSION CHAPITRE I

793.- L'implication de la proportionnalité dans l'action policière tend à renforcer les moyens d'investigation. Si en théorie les règles prévues ne ciblent qu'une catégorie particulière d'infractions, en réalité, les modalités d'action visent la quasi totalité d'infractions. Il s'agit d'éliminer peu à peu tous les obstacles que peuvent rencontrer la police judiciaire, parmi lesquels les barrières politiques. La possibilité pour la police judiciaire de faire appel à

²⁰⁴⁴ Article 13.1.g de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves.

²⁰⁴⁵ Article 695-9-17§3 du Code de procédure pénale.

d'autres autorités voire à ses homologues étrangers dans la recherche des preuves traduit cette volonté d'inverser la probabilité d'impunité dans les domaines où l'action de la seule police judiciaire se révèle insuffisante pour élucider toutes les infractions. Depuis lors, l'heure est au rassemblement des forces et à la concentration des moyens sur les faits énumérés par la loi. L'enjeu de cette démarche consiste à limiter le risque d'oubli de l'infraction.

CHAPITRE II : LA MOBILISATION IMPORTANTE DE RESSOURCES HUMAINES ET MATERIELLES

794.- La délinquance nationale ou internationale oblige à mobiliser les moyens appropriés pour faire face aux difficultés liées à l'établissement de la preuve de l'infraction. Il s'agit d'assurer un cadre procédural relativement favorable à la police judiciaire dans la recherche de la preuve. Pour autant, l'importance de la mobilisation par la police judiciaire des ressources humaines et matérielles va dépendre de certains paramètres. L'incidence de la proportionnalité dans la procédure d'obtention de la preuve génère la prise en compte de la singularité de l'infraction. C'est d'ailleurs bien là la raison d'être fondamentale de l'extension de moyens. Cette situation s'explique par le fait que toutes les infractions ne bénéficient pas d'un même traitement. Certains dispositifs sont réservés à certains agissements incriminés répondant à un critère prédéfini. A cela s'ajoute le facteur « temps ». Il est indéniable que le temps pour obtenir la preuve peut apparaître comme un obstacle à la découverte de la vérité. La connaissance tardive de la commission d'infractions rend difficile la tâche de la police judiciaire. C'est la raison pour laquelle la police judiciaire prend en compte le temps dans ses investigations pour éviter le déperdissement de la preuve. La mobilisation plus ou moins importante de ressources est donc conditionnée par la nature de l'infraction (Section I), et la police judiciaire doit prendre en compte le facteur temps dans les investigations (Section II).

SECTION I : LES OBJECTIFS DE LA MOBILISATION

795.- Le particularisme des faits poursuivis influence, de manière concrète, l'emploi des moyens plus ou moins avantageux. Il va sans dire que la prise en compte de la nature spéciale de l'infraction participe d'un double constat. La nature de l'infraction peut d'abord apparaître comme un facteur de retardement de son élucidation. La distinction faite, liée à la spécificité de l'infraction, a une incidence sur la durée des enquêtes (§1). Il est vrai que selon l'infraction poursuivie, la durée des investigations n'est pas la même. D'un autre côté, la singularité de l'infraction impose l'engagement de ressources significatives. La police judiciaire doit mobiliser des moyens proportionnés aux comportements répréhensibles. Il ressort de cette observation que la nature de l'infraction influe aussi sur le coût des enquêtes (§2).

§1. Limiter la durée des enquêtes

796.- Même si le Code de procédure pénale impartit quelques délais relatifs à la clôture des enquêtes²⁰⁴⁶, la durée des investigations est généralement dépendante des circonstances de la commission de l'infraction. En effet, certaines infractions peuvent s'avérer particulièrement difficiles à élucider. Dans ce contexte, l'investigation pénale peut durer dans le temps. Mais avant de se pencher sur la longueur de l'enquête (A), il convient de souligner l'importance de la structure particulière des agissements incriminés (B).

A. La structure particulière de l'infraction poursuivie

797.- Au-delà de la distinction classique entre les différentes catégories d'infractions²⁰⁴⁷, c'est bien évidemment la structure particulière des faits qui impose la durée des investigations. La mobilisation des ressources est dépendante des caractéristiques des infractions. Le raisonnement adopté par l'auteur d'un comportement délictueux repose sur la dissimulation de son forfait²⁰⁴⁸. Pour ce faire, il use de procédés sophistiqués, des moyens astucieux²⁰⁴⁹. Le but est de brouiller les pistes pour empêcher que la police judiciaire parvienne à établir un lien entre l'infraction et la personne. Il va de soi que la réalisation discrète de l'infraction est

²⁰⁴⁶ Notamment l'article 77-2 du Code de procédure pénale.

²⁰⁴⁷ Pour les différentes définitions, V. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénale général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009, n° 439, p. 397 et s.

²⁰⁴⁸ A. DONNIER, « Prescription et clandestinité : la troublante constante de la Cour de cassation », *D.* 2005, n° 43, p. 2998.

²⁰⁴⁹ C. NOCQUET, « Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière L'instruction au pôle financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 54 et s.

inhérente au comportement de l'auteur²⁰⁵⁰ ; rare est celui qui s'empresse d'aller la révéler²⁰⁵¹. Il n'en demeure pas moins qu'un fait peut être révélé non pas par la volonté de son auteur mais par des circonstances extérieures. Il apparaît, à cet égard, que la police judiciaire ne peut espérer la négligence de l'auteur d'une infraction pour l'appréhender. Elle doit pouvoir bénéficier des moyens adaptés aux agissements poursuivis.

798.- Dès lors, l'aspiration est à l'aménagement des règles de preuve et de compétence pour certaines infractions. Seules les infractions présentant certaines caractéristiques bénéficient de procédures particulières. Par-delà, les moyens engagés seront nécessairement importants. C'est surtout les infractions relevant de la criminalité organisée²⁰⁵² et du droit des affaires²⁰⁵³ qui font l'objet d'un particularisme procédural. D'ailleurs, la jurisprudence en tire les conséquences notamment pour la dernière catégorie d'infractions en matière de prescription²⁰⁵⁴.

799.- Le fondement naturel de ces deux catégories d'infractions, à savoir la criminalité organisée et les infractions économiques repose sur leur caractère discret, lequel rend l'exercice de poursuites difficiles. La police judiciaire est contrainte de mobiliser des ressources significatives pour rechercher la preuve. Ces ressources sont proportionnellement plus importantes que s'il s'agit de rechercher la preuve d'une infraction « simple ». Cela illustre bien que la nature de l'infraction joue un rôle déterminant dans l'exercice des investigations. Sa connaissance conditionne le choix de la procédure prévue à cet effet et la durée de l'enquête.

B. L'influence de la structure de l'infraction sur la longueur des enquêtes

800.- La caractérisation de la nature de l'infraction laisse place à la mise en œuvre des instruments d'investigation. Selon qu'il est question d'une infraction « simple » ou «

²⁰⁵⁰ G. LECUYER, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. pén.* 2005, chron. n° 4, p. 12.

²⁰⁵¹ M.-L. RASSAT, note sous CA Rouen, 17 janv. 1979, *JCP G* 1979, II, 19182.

²⁰⁵² Articles 706-73 et 706-74 du Code de procédure pénale.

²⁰⁵³ Article 704 du Code de procédure pénale.

²⁰⁵⁴ C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, L.G.D.J., 2008, n° 445 et s, p. 207 et s ; A. MIHMAN, *Juger à temps Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008, n° 63, p. 84 et s ; C. MASCALA, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004, p. 3050.

spécifique »²⁰⁵⁵, la durée de l'enquête n'est pas la même. La nature de l'infraction influe donc sur la longueur de l'enquête. Sauf exception, une infraction « simple » est en théorie facile à élucider. Les moyens mis en œuvre pour recueillir la preuve seront d'une importance limitée. Cette limitation est principalement due à la longueur des investigations. La collecte de la preuve d'une infraction « simple » n'implique pas l'engagement des ressources très importantes et n'allonge pas la durée de l'enquête, alors même que l'appréhension d'une infraction spécifique modifie complètement ces paramètres. L'objectif des auteurs est de rendre difficile la prise de connaissance des faits par la police judiciaire. La méthode va consister en l'introduction de techniques empêchant toute révélation. Il importe pour la police judiciaire d'engager des moyens pouvant faire apparaître au « grand jour » ces infractions. Mais pour établir la preuve de l'infraction et appréhender son auteur, l'enquête pourrait durer dans le temps. Or, plus une enquête est longue, plus les moyens déployés doivent être importants.

801.- Les infractions relevant de la « criminalité organisée » et de la « délinquance économique et financière » illustrent, à juste titre, ces contraintes. Ce qui explique que la loi organise un régime procédural spécial. Par leur structure, ces infractions imposent de la patience. La résolution de l'enquête exige l'engagement d'investigations lourdes.

802.- Tout l'enjeu repose sur le moment de la connaissance des faits susceptibles d'être poursuivis. Compte tenu de leur spécificité, la connaissance des infractions d'affaires et de la délinquance et criminalité organisées parvient fort tard à la police judiciaire²⁰⁵⁶. A propos de la première catégorie d'infractions, c'est souvent la dénonciation qui permet l'ouverture d'une enquête, et en l'absence de celle-ci, la police judiciaire ne découvre souvent les infractions qu'au moment où la structure rencontre des difficultés²⁰⁵⁷. Le risque est alors grand pour les éléments de preuve. La personne concernée pourrait être tentée de les dissimuler ou de les faire disparaître. La prise en compte de cette situation conduit à la mise en place de mécanismes d'alerte. La stratégie aboutit à imposer à un nombre important de personnes une

²⁰⁵⁵ Sur la distinction entre infraction simple et complexe, V. D. DECHENAU, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., 2008, n° 157 et s, p. 110 et s.

²⁰⁵⁶ J.-C. MARIN, « Méthode de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière politique pénale et délinquance économique et financière », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN, C. NOCQUET, Dalloz, 2008, p. 48.

²⁰⁵⁷ Au moment des opérations de redressement ou de liquidation judiciaires.

obligation de vigilance suivie d'une obligation de dénonciation²⁰⁵⁸. On espère ainsi permettre une découverte plus tôt et plus rapide des infractions d'affaires. Ce renforcement tend à une meilleure approche de cette délinquance, puisque la police judiciaire seule ne serait pas en mesure de les détecter. L'existence des polices spécialisées prend en compte la spécificité des infractions dans la mesure où les éléments de preuve recueillis sont souvent des documents, difficiles pour la police non spécialisée à comprendre. Le traitement des dossiers rend la collaboration quasi obligatoire entre la police « générale » et la police « spécialisée »²⁰⁵⁹. Il apparaît dès lors que l'investigation en matière financière peut durer des années.

803.- Tel est aussi le cas en matière de la délinquance et de criminalité organisées. Dans ces domaines, la détection repose sur la collaboration étroite entre la police judiciaire et les acteurs privés. En plus des dénonciations, la police judiciaire peut faire appel à une catégorie particulière de personnes pour l'informer de la commission des actes infractionnels²⁰⁶⁰, et il lui incombe par la suite de mettre en place des instruments susceptibles d'établir la preuve des infractions. On sait que la police judiciaire dispose, sous autorisation et contrôle de l'autorité judiciaire, d'importants instruments. Préalablement la police judiciaire doit s'assurer de la conformité de l'information à la réalité sur le terrain. Pour ce faire, elle procède à des surveillances ou filatures pour connaître le degré de l'organisation. Une fois ce travail effectué, la police judiciaire peut ensuite demander la mise en place d'instruments beaucoup plus efficaces. A titre d'illustration, le choix peut porter sur les écoutes téléphoniques²⁰⁶¹ ; les renseignements obtenus peuvent servir à confondre les personnes impliquées. Plus encore, la police judiciaire peut bénéficier des moyens plus intrusifs tels que l'infiltration ou sonorisation²⁰⁶². Les investigations menées vont durer le temps nécessaire à l'obtention de la preuve de l'infraction. La structure des faits poursuivis influe incontestablement sur la longueur des enquêtes. Et les moyens propres à établir les faits et à identifier les auteurs sont relativement importants, ce qui pose la question du coût.

²⁰⁵⁸ V. *supra* n° 330 et s.

²⁰⁵⁹ C. NOCQUET, « Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière L'instruction au pôle financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 55.

²⁰⁶⁰ Notamment des indicateurs et repentis.

²⁰⁶¹ V. *supra* n° 541 et s.

²⁰⁶² V. *supra* n° 576 et s.

§2. Gérer le coût

804.- Les infractions de nature spéciale entraînent un double coût : un coût économique (A) et un coût démocratique non négligeables (B).

A. Le coût économique

805.- La stratégie législative vise à concentrer les moyens de la police sur les faits les plus graves et les plus complexes. Dorénavant, la police judiciaire est organisée autour des équipes spécialisées, chacune dans un domaine bien spécifique²⁰⁶³. Il s'agit de donner des moyens importants à chaque équipe pour lutter contre ces agissements. En tout cas, la constitution d'une équipe spéciale s'accompagne de la mise à disposition d'importants moyens humains et financiers.

806.- En ce qui concerne les moyens humains, chaque équipe est nécessairement composée d'un nombre élevé d'enquêteurs. La quantité de personnes est un facteur d'accélération des investigations. Il paraît alors que structure particulière de l'infraction pousse inéluctablement à une mobilisation significative des ressources humaines. A défaut, les enquêtes policières pourraient se limiter seulement à certaines investigations. Une telle restriction est un obstacle à l'obtention rapide de la preuve de l'infraction. C'est pourquoi la particularité du traitement de la criminalité organisée et de la délinquance économique et financière réside dans l'étendue des moyens mis à la disposition des autorités de poursuites. A titre d'exemple, la politique pénale concernant la recherche et la poursuite des infractions d'affaires repose sur la division économique et financière²⁰⁶⁴ et le pôle financier²⁰⁶⁵. Chaque structure dispose d'importants moyens humains²⁰⁶⁶ pour appréhender les agissements astucieux de la délinquance économique et financière. De même, le traitement de la délinquance et

²⁰⁶³ Création des Offices centraux de lutte contre telle ou telle criminalité : V. *supra* n° 732.

²⁰⁶⁴ J.-C. MARIN, « Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière Politique pénale et délinquance économique et financière », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN, C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 45 et s.

²⁰⁶⁵ C. NOCQUET, « Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière L'instruction au pôle financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN, C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 53 et s.

²⁰⁶⁶ La division économique et financière dispose environ de 31 magistrats du Parquet, 5 assistants spécialisés, 10 assistants de justice et 450 fonctionnaires de police et militaires de la gendarmerie. Le pôle financier est composé d'environ 28 juges d'instruction, des assistants de justice et des assistants spécialisés. Le projet de loi créant un super procureur financier à compétence nationale a été examiné en Conseil des ministres le 6 mai 2013. Il sera compétent en matière de corruption, de trafic d'influence, de la prise illégale d'intérêt et de détournement de fonds publics ainsi que la corruption d'agent public étranger, la fraude fiscale complexe et le blanchiment.

criminalité organisées repose sur la mobilisation de nombreux agents. C'est la conséquence de la prise en compte du caractère protéiforme et surtout international d'une telle délinquance. La police judiciaire a désormais la capacité d'engager à tout moment des enquêteurs qui sont formés pour appréhender ce type de délinquance. La mobilisation de ressources humaines s'accompagne inévitablement de ressources matérielles. A cet égard, le coût économique s'avère particulièrement élevé.

807.- S'agissant de moyens financiers, les Etats sont tenus, par la mise en place de structures spécialisées, de mobiliser des ressources financières importantes. Le coût économique est plus ou moins élevé suivant l'infraction poursuivie. Cela signifie que la nature de l'infraction conditionne le coût de l'enquête. Une enquête qui dure dans le temps, en raison de sa spécificité, engage d'importants moyens, ce qui a pour conséquence d'entraîner un coût élevé. Mais celui-ci se justifie parfaitement au regard de la spécificité de la délinquance poursuivie. Il est à rappeler que la délinquance économique et financière et la criminalité organisée usent des méthodes particulièrement sophistiquées pour éviter leur connaissance par la police judiciaire. Une adaptation des investigations à cette délinquance spécifique est déterminante dans la résolution des enquêtes. Même si le prix à payer s'avère élevé, la lutte contre cette forme particulière de délinquance paraît primordiale pour endiguer ses effets pervers, au premier rang desquels figure la perturbation du bon fonctionnement de la société.

Tableau de coûts

Ecoutes téléphoniques²⁰⁶⁷	
Identification d'un abonné mobile à partir de son numéro d'appel	6,50 euros
Le détail géolocalisé du trafic d'un abonné mobile	35 euros
La mise sur écoute d'un abonné	497 euros
La dépense annuelle des écoutes en 2009	32, 96 millions d'euros
Expertise²⁰⁶⁸	
Expertise par prélèvement de cellules buccales	375 euros
Prélèvement sur une scène de crime	312 euros
Identification génétique	50 euros
Kit de prélèvement	7, 77 euros
Analyse réalisée à partir d'un Kit de prélèvement	40 euros
La dépense annuelle liée à l'expertise en 2009	272, 69 millions d'euros

B. Le coût démocratique

808.- La criminalité organisée et la délinquance économique et financière participent de la détérioration des institutions démocratiques. Le but ultime est de prendre le contrôle des institutions. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à mettre en œuvre de processus massifs de corruption²⁰⁶⁹. Grâce à la manne financière que génère cette délinquance, les garants de la démocratie sont souvent tentés d'adopter des décisions en faveur des auteurs d'agissements déviants.

809.- Tout d'abord, la trop grande proximité entre les dirigeants politiques et les hommes d'affaires ne cesse de faire débat. Il leur est souvent reproché de s'entendre pour favoriser leurs intérêts propres au détriment de l'intérêt général. Cette suspicion reçoit une résonance

²⁰⁶⁷ Source : *Latribune.fr*, 20 sept. 2010.

²⁰⁶⁸ Source : H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénal, perspectives comparées*, H. MATSOPOULOU et G. GUIDICELLI-DELAGE (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 145.

²⁰⁶⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 28.

toute particulière lorsque la justice parvient à élucider des affaires « politico-financières »²⁰⁷⁰. Il s'ensuit une certaine méfiance de la population envers ses représentants. Plus largement, ce sont les pans entiers de la démocratie qui voient leur image se détériorer, seules des actions massives et efficaces sont susceptibles de « redorer » l'image des institutions démocratiques. On comprend alors la nécessité de mettre fin à ces pratiques qui portent atteinte à l'ordre public *lato sensu*.

810.- Pendant longtemps il était pratiquement impossible pour la police judiciaire de procéder à des investigations lorsqu'étaient en jeu les intérêts « politico-financiers ». Les policiers étaient souvent contraints d'abandonner les enquêtes en raison d'un nombre important d'obstacles rencontrés²⁰⁷¹ ; ils ne pouvaient pas assurer correctement leurs actions. Plus encore, tout était fait pour les en empêcher. Mais depuis les années 1990, la situation semble évoluer. Des scandales à répétition ont contraint le législateur à mettre en place des instruments utiles pour lutter contre des comportements déviants des acteurs concernés²⁰⁷². Cela étant, toutes les difficultés n'ont pas disparu. La justice pénale dans son ensemble rencontre, en dépit de moyens performants à sa disposition, d'énormes difficultés pour résoudre ses enquêtes. Il importe que le sentiment « d'impunité » qui a régné pendant un certain temps au sein de ces milieux n'existe plus. Lorsque l'occasion lui est offerte, la police judiciaire ne se prive pas de révéler les agissements infractionnels, puisque la perturbation générée par la délinquance économique et financière à l'encontre de la démocratie n'atteint pas le même degré que la criminalité organisée.

811.- La criminalité organisée dispose d'une multitude de stratégies pour asseoir son autorité sur les institutions démocratiques. Comme la délinquance économique et financière, elle peut décider de corrompre les garants de la démocratie pour favoriser ses actions. Là où elle se distingue de la délinquance d'affaires, c'est sa capacité à infiltrer²⁰⁷³ les institutions démocratiques. Des personnes choisies démocratiquement par les citoyens se révèlent en fait être des hommes de « main » des organisations criminelles. Il leur est donc aisé d'orienter les décisions prises démocratiquement en leur faveur. La combinaison à la fois de corruption et d'infiltration, si elle étend leur puissance, se révèle en réalité néfaste pour la collectivité.

²⁰⁷⁰ Par exemple les affaires Elf-Aquitaine, GMF, MNEF.

²⁰⁷¹ Notamment des menaces, obstacles procéduraux, changement des magistrats chargés de s'occuper de ces dossiers sensibles.

²⁰⁷² A titre d'exemples, l'affaire KARACHI et les affaires récentes telles que BETTENCOURT-WOERTH.

²⁰⁷³ Au sens commun du terme.

812.- Lorsque les décisions ne sont pas prises pour l'intérêt général, mais pour les intérêts particuliers, les institutions démocratiques ne jouent plus leur rôle de représentants de la société. Globalement, ses rapports avec les représentés se dégradent à tel point que la société se trouve au bord de l'implosion. C'est précisément la situation dans laquelle se trouve actuellement le Mexique. Une partie du territoire était (et dans une moindre mesure est toujours) confisquée par des organisations criminelles²⁰⁷⁴. La main mise sur le pays s'est effectuée à partir de stratégies précédemment énoncées, à savoir la corruption et l'infiltration. Toutes les institutions démocratiques étaient, sans exception, sous l'influence des entreprises criminelles qui, pour défendre leurs intérêts, n'hésitaient pas à procéder à des assassinats ciblés²⁰⁷⁵. L'exigence par une partie de la population, de la restauration de la démocratie, pousse à un changement radical de politique. Depuis que la lutte contre le crime organisé a été décrétée comme cause nationale²⁰⁷⁶, la situation semble évoluer. C'est l'Armée et non plus la police judiciaire qui effectue des investigations et procède à des arrestations. Ce particularisme résulte du constat selon lequel les organisations criminelles ayant pris le contrôle de toutes les institutions démocratiques, seule l'Armée, considérée comme incorruptible est plus à même de démanteler ces entreprises criminelles.

De même, l'Italie a elle aussi été confrontée à pareille situation. Pour y faire face, il a fallu un changement de politique pénale à l'égard de la criminalité organisée²⁰⁷⁷. Les prérogatives policières ont été renforcées par l'adoption de méthodes adaptées et efficaces de lutte contre cette forme particulière de délinquance²⁰⁷⁸. Depuis, la situation va en s'améliorant. La police judiciaire ne cesse de démanteler des organisations criminelles.

813.- En définitive, le crime organisé et la délinquance économique et financière sont un danger pour la démocratie. Ils tendent à paralyser le fonctionnement normal des institutions en orientant les positions en leur faveur. Ce qui explique que la société s'est engagée, pour éviter que cet objectif ne soit atteint, dans une lutte « acharnée ». Il s'agit de réguler la répression au nom du respect des droits fondamentaux reconnus dans une société démocratique. Par ailleurs, la nature de l'infraction a une incidence sur le temps de l'enquête.

²⁰⁷⁴ C'est surtout le nord du pays notamment Ciudad-Juarez, Tijuana.

²⁰⁷⁵ La guerre entre les organisations criminelles a fait de nombreux morts.

²⁰⁷⁶ Depuis la prise de fonction du président de la République FELIPE CALDERON en 2007.

²⁰⁷⁷ A partir des années 1980.

²⁰⁷⁸ G. MORGANTE, « La lutte contre la criminalité organisée en droit italien », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, M.-L. CESONI (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 183 et s.

SECTION II : LES LIMITES DE LA MOBILISATION

814.- Il est manifeste que le temps a une influence sur les enquêtes. En premier lieu, la révélation de l'infraction à la police judiciaire doit se faire dans les plus brefs délais. En raison du principe selon lequel passé un certain temps, aucune poursuite ne peut être déclenchée à l'encontre de son auteur, l'éloignement temporel de la connaissance de l'infraction est un facteur d'oubli de l'infraction²⁰⁷⁹. En droit, l'oubli n'intervient qu'après un certain laps de temps en apparence bien délimité²⁰⁸⁰, dans la pratique amplement variable²⁰⁸¹. Mais au-delà de la prescription pénale, la révélation de l'infraction impose à la police judiciaire un certain temps pour son élucidation. La police judiciaire est amenée à trouver le « juste » temps pour mener à bien son enquête²⁰⁸². La lenteur est parfois nécessaire pour recueillir les indices, entendre les témoins et auditionner les suspects. En d'autres termes, la police judiciaire doit bénéficier d'un temps suffisant pour rassembler la preuve de l'infraction²⁰⁸³. Reste que cette lenteur doit pouvoir être conciliée avec la rapidité²⁰⁸⁴ ; les policiers doivent effectuer des investigations suivant un rythme soutenu pour éviter le problème de dépérissement des preuves²⁰⁸⁵ (§1). Cet équilibre semble être assuré dans le choix opéré dans le traitement prioritaire des affaires (§2).

²⁰⁷⁹ J. DANET, « Prescription de l'action publique », *Dr. pén.* 2006, p. 285 ; B. BOULOC, « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique », in *Mélanges GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 58 ; C. PIGACHE, « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 55 ; C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct. p. 961 ; A. VARINARD, *La prescription de l'action publique, sa nature juridique : droit matériel et droit formel*, Thèse, Lyon, 1973, p. 13 ; A. MIHMAN, « Comment réformer la prescription de l'action publique ? », *Rev. pénit.* 2007, p. 517 ; L. ROSENGART, *La prescription de l'action publique en droit français et allemands*, Thèse, Caen, 1936, p. 13 ; H. MOAZZAMI, *La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse*, Thèse, Genève, 1952, p. 78 ; H. MATSOPOULOU, « L'oubli en droit pénal », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 771.

²⁰⁸⁰ La prescription de l'action publique est de 10 ans pour crime, 3 ans pour délit et 1 an pour contravention : ce sont les articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale.

²⁰⁸¹ Notamment à travers les mécanismes de retardement de la prescription, de suspension et interruption.

²⁰⁸² J.-F. BURGELIN, « La situation spécifique de la matière pénale », in *Le Temps dans la procédure*, J.-M. COULON et A. FRISON-ROCHE (dir.), Dalloz, 1996, p. 31.

²⁰⁸³ J. PRADEL, « La célérité du procès pénal », *RICPT* 1984, p. 402 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, « Le temps dans la procédure pénale », in *Le temps dans la procédure*, L.G.D.J., 1983, p. 89.

²⁰⁸⁴ J. PRADEL, « La célérité de la procédure pénale en droit comparé. Rapport général », *Rev. int. Dr. pén.* 1995, p. 323 et s.

²⁰⁸⁵ J.-F. BURGELIN, « La situation spécifique de la matière pénale », in *Le Temps dans la procédure*, J.-M. COULON, A. FRISON-ROCHE (dir.), Dalloz, 1996, p. 32.

§1. Le risque de déperissement des preuves

815.- Dès la connaissance de la commission de l'infraction, la réaction policière doit se faire au plus vite. L'écoulement d'un certain laps de temps joue en défaveur de la recherche de vérité. Le caractère aléatoire de la découverte des éléments de preuve est une source d'incertitude du succès de l'enquête. De telle sorte que l'érosion du temps sur les investigations entraîne la disparition des preuves matérielles (A) et l'oubli et la disparition des témoins (B).

A. La disparition des preuves matérielles

816.- Pour parvenir à de bons résultats, l'enquête de police doit être réactive. Dès la révélation de l'infraction, les enquêteurs doivent réagir rapidement dans la collecte des indices. La disparition voire la destruction des preuves matérielles est la résultante de l'absence de réaction policière pendant un certain. A vrai dire, ce qui semble important, c'est le laps de temps qui s'est écoulé entre le jour de la commission et le jour de la connaissance de l'infraction. Nul doute qu'un laps de temps trop important entre ces deux moments est susceptible de rendre l'enquête de police très délicate²⁰⁸⁶. Car les enquêteurs risquent de rencontrer des difficultés presque insurmontables dans la recherche de la preuve. Le temps a donc une incidence directe sur le bon déroulement des investigations.

817.- Les conséquences de la déperdition des indices s'avèrent néfastes pour les enquêteurs. Il convient tout d'abord de noter qu'elle rend l'élucidation de l'infraction poursuivie très aléatoire²⁰⁸⁷. Il est vrai que la police judiciaire doit avoir à sa disposition, pour établir l'implication d'une personne, des éléments de preuve suffisamment abondants. A cet égard, la disparition de certains d'entre-eux fragilise considérablement le dossier pénal. Ensuite, la disparition de ces éléments de preuve est source d'allongement de la durée de l'enquête. Une enquête qui commence par la perte de plusieurs éléments de preuve est une enquête qui semble compromise. La police judiciaire n'a pas d'autre choix que de multiplier des investigations. L'objectif est d'espérer obtenir, en dépit de la disparition des éléments de preuve matériels, d'autres éléments susceptibles de faire le lien entre l'infraction et une personne. A l'évidence le temps mis pour élucider l'infraction poursuivie sera nécessairement

²⁰⁸⁶ B. SERRATRICE-COUTTENIER, « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 464.

²⁰⁸⁷ C. ESTRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, p. 40.

long. Si, finalement, les investigations n'ont pas permis à la police judiciaire de recueillir d'autres éléments de preuve, il est alors certain que l'enquête sera mise de côté en attendant d'avoir des pistes pouvant aider la police judiciaire à collecter la preuve de l'infraction.

818.- Il apparaît que la disparition d'une partie des éléments de preuve en particulier les éléments matériels condamne l'enquête de police²⁰⁸⁸. Ce qui signifie que les indices, les pièces à conviction que nous qualifions de preuves matérielles sont les éléments qui permettent à la police judiciaire d'impliquer une personne. Les autres éléments ne sont collectés *a priori* que pour les renforcer. La disparition des éléments matériels a une incidence sur l'enquête et sur le jugement.

819.- L'absence d'éléments de preuve matériels peut entraîner l'abandon de l'enquête. En effet, pour toute enquête, la police judiciaire doit disposer au minimum des éléments matériels qui vont lui permettre de procéder à des investigations complémentaires. Dans le cas contraire, elle peut être conduite à adopter une position radicale, celle de l'abandon de l'enquête en raison de l'absence des pistes solides, faute d'éléments de preuve matériels. A ce titre, le dépérissement des preuves est un facteur de démobilitation de la police²⁰⁸⁹. Mais dans le cas où, en l'absence de preuves matérielles, la police judiciaire a tout de même obtenu d'autres éléments, la question se pose de savoir si ces éléments imputés d'une partie importante d'indices sont susceptibles d'établir l'implication de la personne poursuivie. En outre le temps a aussi une incidence sur les témoins.

B. La mémoire et la disparition des témoins

820.- Le déclenchement de l'action policière après un long laps de temps a des conséquences sur les témoins. L'ancienneté de l'infraction peut être pour les témoins source d'oubli (1). Pire encore, avec le temps le risque est la disparition des témoins (2).

²⁰⁸⁸ J.-F. BURGELIN, « La situation spécifique de la matière pénale », in *Le Temps dans la procédure*, J.-M. COULON et A. FRISON-ROCHE (dir.), Dalloz, 1996, p. 32.

²⁰⁸⁹ C. ESTRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, p. 39.

1. La mémoire des témoins

821.- L'éloignement temporel de l'action policière a de répercussions sur la mémoire des témoins²⁰⁹⁰. Hormis les rares cas où le témoin refuse volontairement ou sous pression de témoigner, l'écoulement du temps est susceptible d'entraîner la mutilation ou la perte de souvenirs.

822.- S'agissant de la mutilation de souvenirs, il est toujours préférable d'entendre le témoin au plus vite pour s'assurer de la fiabilité de ses dires²⁰⁹¹. Car, plus le temps passe, plus les souvenirs deviennent vagues, le témoin n'est plus en mesure d'exposer les faits de la façon la plus fidèle²⁰⁹². Le risque est alors à la confusion de souvenirs. Le témoin croit expliquer ce qu'il a vu, alors qu'en vérité il s'agit d'événements qu'il a cru voir ou entendre²⁰⁹³. Dans ce cas, le témoignage n'a aucune importance ; il ne constitue nullement une aide pour la police judiciaire. Plus encore, il est susceptible d'orienter la police judiciaire sur une fausse piste²⁰⁹⁴. La mutilation de souvenir doit faire l'objet d'une attention particulière. Lorsque le témoin précise qu'il ne se souvient que vaguement des événements, la police judiciaire ne saurait lui apporter une aide en orientant ses réponses²⁰⁹⁵. La pratique montre que la police judiciaire est souvent tentée, lors du recueil du témoignage, d'apporter des précisions au témoignage en espérant faire revenir les souvenirs du témoin²⁰⁹⁶. Si parfois cette technique permet quelques résultats, dans la majorité des cas, elle aboutit à créditer des propos inexacts voire erronés. C'est pourquoi il nous semble que la police judiciaire ne devrait accorder à un tel témoignage qu'une importance *a minima* sous peine d'entraîner des erreurs judiciaires. Le recueil d'un témoignage mutilé ne constituerait qu'un simple « commencement » d'indice qui, pour se transformer en un véritable indice, devrait être corroboré par d'autres éléments. En l'absence de ceux-ci, ce témoignage ne saurait être pris en compte par la police judiciaire pour orienter ou effectuer ses investigations.

²⁰⁹⁰ G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^{ème} éd., t. 2, éd. Rousseau, Paris, 1949, n° 690, p. 1011.

²⁰⁹¹ J.-F. BURGELIN, « La situation spécifique de la matière pénale », in *Le Temps dans la procédure*, J.-M. COULON et A. FRISON-ROCHE (dir.), Dalloz, 1996, p. 32.

²⁰⁹² A. HOLGERSON, « Compte-rendu du Colloque international sur la psychologie du témoin tenu à Stockholm en 1981 », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 444.

²⁰⁹³ M. LEROY, « Le contrôle de l'aptitude au témoignage », *D.* 1969, chron. 22, p. 175.

²⁰⁹⁴ J.-P. DE WAELE, « Une critique expérimentale de témoignage », *Rev. dr. pén. crim.* 1963-1964, p. 955.

²⁰⁹⁵ J. SUSINI, « Le témoin, le témoignage et la police », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 506.

²⁰⁹⁶ J. MONTREUIL, « L'audition du témoin par la police », *Police nationale*, 1976, n° 102, p. 31.

823.- En ce qui concerne la perte de souvenirs, il est avéré qu'avec le temps les souvenirs s'effacent de la mémoire²⁰⁹⁷. Le témoin se trouve, cette fois-ci, dans l'incapacité de se remémorer les événements sur lesquels il est interrogé. Il serait sage, dans ce contexte, que la police judiciaire n'auditionne pas le témoin. Le risque est à la création de souvenirs²⁰⁹⁸ ; le témoin peut vouloir à tout prix aider la police judiciaire et établir faussement un souvenir tout en étant de bonne foi²⁰⁹⁹. Un faux souvenir ne sert pas les intérêts de l'enquête, mais encore, il contribue largement à discréditer toute la procédure²¹⁰⁰. Il convient alors pour la police judiciaire de refuser d'entendre ce témoin ou si elle décide de l'entendre de vérifier soigneusement la déposition de ce témoin. Il apparaît ainsi que l'oubli des témoins a des répercussions sur l'enquête de police, comme c'est également le cas pour la disparition des témoins.

2. La disparition des témoins

824.- Le temps écoulé depuis la commission de l'infraction jusqu'à sa révélation à la police judiciaire peut être défavorable au bon déroulement de l'enquête. La disparition des témoins peut être de deux sortes : éloignement domiciliaire et décès.

825.- L'écoulement du temps peut entraîner un changement d'adresse pour le témoin. Le témoignage devant être reçu par la police judiciaire doit se faire au plus vite. Il est dans l'intérêt de la police judiciaire et non du témoin de déposer. Partant, le témoin n'est pas tenu de mettre en suspens ses projets dans l'unique dessein d'attendre sa convocation par la police judiciaire pour lui dire ce qu'il sait sur l'infraction poursuivie. Il n'hésiterait donc pas, si l'occasion lui est offerte, de changer de lieu voire de se déplacer à l'étranger. Si c'est le cas, il s'agit d'un obstacle supplémentaire à l'audition de la personne. Mais au préalable, il faut que la police judiciaire l'identifie comme étant une personne susceptible de lui fournir des renseignements intéressant l'enquête. Dès lors, il semble nécessaire de distinguer le témoin identifié par la police judiciaire et le témoin non identifié par celle-ci.

826.- Lorsque la police judiciaire considère qu'une personne est susceptible d'aider son enquête, elle s'empresse tout d'abord de l'identifier afin de la convoquer. Admettons que la

²⁰⁹⁷ J.-Y. LASSALLE, « La fiabilité du témoignage », in *Le droit dans le souvenir*, PUAM, 1998, p. 255.

²⁰⁹⁸ O. BLOND, « Le syndrome des faux souvenirs », *La Recherche*, juil-août 2001, n° 344, p. 69.

²⁰⁹⁹ P. LAMBERT, « Le puzzle de la mémoire », *Science et vie*, févr. 2000, n° 989, p. 42.

²¹⁰⁰ Comme le cas des techniques qui consiste à faire resurgir les souvenirs.

police judiciaire identifie la personne mais celle-ci ne se trouve plus dans l'endroit indiqué. L'éloignement domiciliaire est un obstacle à l'exercice de l'action policière. Il est fort probable que l'audition de ce témoin se fasse après un long laps de temps. Or, il a été précisé qu'un tel témoignage pourrait être à la source d'orientation fautive de l'enquête de police et *a fortiori* de l'erreur judiciaire. Lorsque l'identification d'un témoin est particulièrement difficile, la sagesse préconise de se rabattre sur les autres éléments de preuve.

827.- Lorsque la police judiciaire ne parvient pas à identifier le témoin, la logique voudrait qu'elle abandonne les recherches. Il est préférable de perdre la preuve testimoniale plutôt que de prendre du temps à l'identifier, puisque l'identification de ce témoin ne garantit pas la fiabilité du témoignage²¹⁰¹. L'éloignement domiciliaire enlève à la police judiciaire un élément pouvant constituer un indice, c'est aussi le cas du décès de témoin.

828.- Face à un écoulement trop important du temps, les témoins peuvent disparaître²¹⁰². Une telle situation radicale emporte la disparition, la destruction totale de la preuve testimoniale. La police judiciaire se trouve dans l'obligation de se rabattre sur les autres éléments de preuves matérielles s'ils n'ont pas, à leur tour, disparu. Il apparaît dès lors que le temps à une incidence considérable sur les enquêtes. Plus le temps passe, plus la recherche de la preuve devient de plus en plus aléatoire. La pérennité de la découverte de la vérité impose l'adoption d'une stratégie fondée à la fois sur le tri et le choix dans le traitement des affaires²¹⁰³.

§2. Le choix des affaires traitées

829.- Le problème de dépérissement des preuves conduit la police judiciaire à faire des choix. La police judiciaire se trouve contrainte de sélectionner les affaires pour lesquelles les recherches vont être pratiquées. Il semble que le critère déterminant soit la gravité objective des faits commis (A). Subsidiairement, d'autres raisons sont parfois prises en compte pour motiver les investigations (B).

²¹⁰¹ C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, L.G.D.J., 2008, n° 238, p. 116 ; J. GRAVEN, « L'administration et la psychologie du témoignage en justice », *Rev. inter. crim. pol. tech.* 1960, p. 269.

²¹⁰² C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, L.G.D.J., 2008, n° 238, p. 116.

²¹⁰³ C. ESTRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004, n° 23, p. 40.

A. La gravité objective des faits commis

830.- On aurait pu, à première vue, penser que le choix du traitement des affaires se ferait sur les moyens mis à la disposition de la police. De la sorte, la réponse policière à un fait infractionnel serait dépendante de la capacité ou de la possibilité matérielle de poursuivre. Il va de soi qu'il s'agit d'un critère négatif prenant en compte non pas le risque que fait encourir l'acte en question mais la contrainte matérielle. C'est pourquoi le critère fondé sur la contrainte matérielle n'apparaît que de manière secondaire, une fois qu'est opéré le choix de l'affaire²¹⁰⁴. En effet, la politique pénale vise à concentrer les moyens de la police sur les faits les plus graves²¹⁰⁵. Même s'il peut sembler subjectif, laissant aux autorités de poursuites une grande marge de manœuvre, la gravité des agissements constitue l'un des principaux critères de sélection d'une affaire, permettant par la suite le déclenchement de l'action policière.

831.- Il est vrai que la contrainte temporelle empêche la poursuite de toutes les infractions. Cela implique, lorsqu'une infraction est commise, de ne s'intéresser qu'à celle qui semble la plus significative. En droit positif, le critère de gravité semble reposer sur plusieurs éléments.

832.- Le premier résulte de quantum de peine. A l'évidence, la loi réserve l'application de certaines dispositions spéciales à des agissements atteignant un certain seuil²¹⁰⁶. Seules les infractions considérées comme graves, en raison de la peine encourue, réservent à la police judiciaire l'usage des certaines techniques. Il convient toutefois de préciser que les autres infractions considérées comme peu graves, pour des raisons inverses, ne resteront pas impunies. Les investigations ne seront menées que si la police judiciaire dispose d'un temps et des moyens suffisants à exercer les poursuites.

833.- Le second critère de gravité relève du préjudice causé à l'ordre public. L'importance du dommage causé par un acte infractionnel est un motif de sélection. La police judiciaire doit parvenir à mettre fin à un tel trouble. Pour ce faire, elle n'a pas d'autre choix que de mettre en œuvre des moyens d'investigation. La gravité ici relève des conséquences néfastes de

²¹⁰⁴ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., 2008, n°342, p. 226 : « puisque toutes les infractions ne sont pas poursuivies, le ministère public va devoir effectuer un tri entre les différents dossiers portés à sa connaissance ».

²¹⁰⁵ J.-C. MARIN, « Méthode de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière Politique pénale et délinquance économique et financière », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 51.

²¹⁰⁶ Par exemple les écoutes téléphoniques, le bénéfice de l'anonymisation du témoignage.

l'infraction sur l'ordre public²¹⁰⁷. Enfin, le critère de gravité peut résulter de la nature même des agissements. Certains comportements sont « naturellement » considérés comme graves²¹⁰⁸. Ces actes sont la plupart du temps listés par le législateur.

834.- Il est à noter que le critère de gravité est un moyen d'orienter la politique pénale sur les faits les plus significatifs. Il ne s'agit nullement de ne traiter que les agissements graves et d'abandonner les autres affaires. La gravité permet simplement de privilégier le traitement prioritaire de certaines affaires à d'autres. L'intervention policière est d'abord réservée aux faits les plus graves, cela n'empêche qu'en présence d'un acte infractionnel peu grave, la police judiciaire est tout de même tenue d'enquêter. Cela signifie tout simplement que la sélection des affaires ne s'effectue qu'en présence d'une multitude de dossiers. La priorité serait alors donnée aux comportements objectivement graves pour favoriser une concentration maximale de toutes les capacités réactives de la police. Une fois la clôture de l'enquête ou élucidation de l'affaire est achevée, la police judiciaire est amenée à porter ses investigations sur des faits initialement mis de côté. Il apparaît dès lors que la stratégie reposant sur le critère de gravité, pour traiter en priorité certaines affaires, est un facteur d'évitement d'une impunité totale. Etant donné que le temps joue en défaveur de la recherche de la preuve, il ne paraît pas raisonnable de traiter en même temps toutes les affaires parvenues à la connaissance de la police²¹⁰⁹. La sagesse préconise de favoriser le traitement de certains agissements. Ce choix concourt à cibler les actes infractionnels ayant causé un trouble effectif. Reste que d'autres raisons plus subsidiaires apparaissent dans la sélection des affaires.

B. Les autres raisons de la sélection des affaires

835.- Le traitement prioritaire d'une affaire peut résulter de sa médiatisation (1) et de sa sensibilité (2).

²¹⁰⁷ Notamment les infractions en matière d'environnement.

²¹⁰⁸ V. *supra* n° 495 et s. Il s'agit des infractions économiques et celles relevant de la délinquance et criminalité organisées.

²¹⁰⁹ La police judiciaire est souvent amenée, pour éviter l'ouverture d'une enquête, à conseiller les victimes à poser une main courante et non pas à déposer plainte.

1. La médiatisation des affaires

836.- En ce qui concerne la place des médias dans la chaîne pénale, il est incontestable que le traitement médiatique d'une affaire a des répercussions sur l'enquête de police²¹¹⁰. Il est même établi que les médias peuvent être à la source du déclenchement des investigations²¹¹¹. En effet, lorsque les médias ont pris connaissance de la survenance d'un acte infractionnel, leur rôle habituel consiste à informer le public en relatant si possible les circonstances de sa commission. Il peut arriver que non seulement la police judiciaire ignore la commission d'un tel acte, mais également est réticente à ouvrir une enquête. Dans une société où l'information est devenue un bien de consommation, l'insistance médiatique sur l'affaire pousse les acteurs de la chaîne pénale à réviser leur position. La connaissance de l'information par le public ne peut laisser les acteurs de la chaîne pénale indifférents. La méfiance déjà présente à l'égard de ces institutions ne peut que s'accroître si les autorités policières et judiciaires décident de ne pas poursuivre. Du coup la police judiciaire est conduite à traiter en priorité cette affaire au détriment des autres.

837.- L'utilité de poursuite se fonde uniquement sur la divulgation dans les médias d'un acte infractionnel. L'intérêt pour la police judiciaire dans le traitement prioritaire d'une affaire médiatique est de limiter la tentation des médias de mener leurs propres investigations. Puisque les médias n'hésitent déjà pas, lorsqu'une enquête est ouverte, à mener en parallèle des investigations²¹¹², le risque est alors que toutes les informations soient publiées dans la presse au détriment du secret de l'enquête et de l'instruction²¹¹³. Mais encore, la justice se délocaliserait dans les médias²¹¹⁴ de telle sorte que ces derniers « interrogeraient eux-mêmes les témoins, publieraient des procès-verbaux et ouvriraient des tribunes permettant aux avocats de s'exprimer et la personne mise en cause par les médias répondrait aux accusations qui lui seraient faites par l'intermédiaire de ces mêmes médias »²¹¹⁵. Il incombe à la police judiciaire de relayer l'information médiatique par l'ouverture d'une enquête. Seule cette

²¹¹⁰ C. NOCQUET, « Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière L'instruction au pôle financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET (dir.), Dalloz, 2001, p. 54.

²¹¹¹ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, L.G.D.J., 2009, n° 433, p. 303. L'affaire BETENCOURT-WOERTH en est une belle illustration.

²¹¹² F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, L.G.D.J., 2009, n° 433, p. 303.

²¹¹³ Article 11 du Code de procédure pénale.

²¹¹⁴ A. GARAPON, « La justice est-elle « délocalisable » dans les médias ? », *Revue juridique d'Ile de France*, n° 35, déc. 1994/ janv. 1995, p. 87.

²¹¹⁵ F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, L.G.D.J., 2009, n° 433, p. 304.

dernière est plus à même de déterminer la véracité des informations publiées²¹¹⁶. La fausseté des informations publiées a pour conséquence la disparition sur la scène médiatique de l'affaire. Si donc la médiatisation d'une affaire contraint la police judiciaire à ouvrir prioritairement une enquête, il en est de même d'une affaire considérée comme sensible.

2. La sensibilité des affaires

838.- La qualification d'une affaire de « sensible » témoigne des intérêts en jeu. Une affaire est sensible lorsqu'elle touche d'une part les intérêts fondamentaux de l'Etat. La plus classique relève des actes infractionnels touchant au terrorisme²¹¹⁷. Inéluctablement, la connaissance de la préparation ou de la commission d'un acte terroriste entraîne la concentration et la mobilisation de tous les moyens de la justice. Sans aucun doute, l'ordre serait donné de privilégier l'enquête touchant au terrorisme. Mais encore, l'ampleur du dommage causé par cet acte infractionnel peut aboutir à suspendre toutes les enquêtes en cours ; la politique pénale serait alors orientée, uniquement, vers la cassation de l'immensité du trouble causé à l'ordre public.

839.- Une affaire peut également être qualifiée de « sensible » lorsqu'elle met en péril la santé des citoyens. L'intérêt en présence est le droit à la santé. Celui-ci a une valeur constitutionnelle. De ce fait, une telle affaire sera prioritairement choisie et traitée. Cela illustre bien le traitement privilégié des affaires touchant à « l'amiante »²¹¹⁸, au « sang contaminé »²¹¹⁹ ou encore à « l'hormone de croissance ». Nul ne pourrait accepter la mise à mal de la santé publique sans aucune réaction de la justice²¹²⁰. L'apparition de ces types d'affaires doit immédiatement être prise en charge par la police judiciaire. Il s'agit pour les personnes considérées comme responsables de répondre de leurs actes.

²¹¹⁶ L'affaire du médicament Mediator en est un exemple significatif : la presse publie des informations mettant en cause le médicament Mediator, lequel est soupçonné d'être la cause de nombreux morts. Le parquet de Paris déclare le 8 janvier 2001 avoir ouvert, dès décembre 2010, une enquête préliminaire à « la suite des révélations parues dans la presse » et ce bien avant le premier dépôt de plaintes des victimes.

²¹¹⁷ H. ANCEL, « Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, G. GIUDICELLI-DELAGE et H. MATSOPOULOU (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 93 ; R. OTTENHOFF, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 616 ; Y. MAYAUD, « Terrorisme », *Rép. pén. Dalloz*, 1997, n° 174.

²¹¹⁸ E. HENRY, *Amiante, un scandale improbable : sociologie d'un problème public*, Presse Universitaires de Rennes, 2007, p. 17 et s.

²¹¹⁹ O. BEAU, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999, p. 13 et s.

²¹²⁰ Ce qui explique la constitution, au sein du parquet de Paris, d'un pôle santé afin de donner des moyens d'investigations suffisamment importants aux autorités chargées de poursuites pour faciliter la recherche de la preuve.

CONCLUSION CHAPITRE II

840.- Le temps a une incidence incontestable sur l'enquête. La prise en compte du facteur temps pousse à un renforcement de la capacité réactionnelle de la police. La réaction policière doit s'effectuer concomitamment à la connaissance de l'infraction. Cette réactivité est nécessaire pour recueillir les éléments de preuves fraîches. Cela se justifie par le fait qu'une réaction policière après l'écoulement d'un certain laps de temps est susceptible d'entraîner la déperdition des éléments de preuves. Dans ce cas, l'aboutissement de l'enquête devient de plus en plus aléatoire. Pour autant, toutes les infractions portées à la connaissance de la police judiciaire n'entraînent pas une réaction immédiate. La focalisation se fait sur l'ampleur du trouble à l'ordre public de l'acte infractionnel. Cela revient à considérer que c'est bien la nature de l'infraction qui prédomine dans la mobilisation des ressources. Selon la politique pénale poursuivie, certaines infractions reçoivent un traitement particulier.

CONCLUSION DU TITRE II

841.- Avec la proportionnalité, la police judiciaire se voit doter de moyens à la hauteur de sa mission. Ce réajustement se fonde sur la collaboration étroite entre les services de police et les autres services. Lorsqu'elle estime nécessaire, la police judiciaire peut aisément se faire épauler par un autre service. La mise en commun de services concourt à une meilleure entente, laquelle s'accompagne d'une meilleure circulation d'informations. La raison d'une pluralité de services est une réponse à l'évolution de la criminalité. Cette dernière qui tente sans cesse de trouver une parade à sa révélation oblige la police judiciaire à une adaptation de ses investigations. Il est à noter que la police judiciaire dispose de moyens humains et matériels considérables. Il s'agit de lui permettre de répondre de façon adaptée et d'être sur plusieurs fronts pour éviter la déperdition des éléments de preuve. Toutefois, ces moyens ne concernent pas toutes les infractions. La proportionnalité ne permet de poursuivre prioritairement que les infractions considérées comme graves ou complexes. Seules ces infractions renforcent les moyens d'investigation, les autres infractions maintiennent l'application de procédés d'investigation classiques. Il apparaît dès lors que la

proportionnalité permet un développement des attributions de la police judiciaire. L'objectif est d'accélérer la procédure par l'affranchissement des règles traditionnelles.

CONCLUSION SECONDE PARTIE

842.- Le principe de proportionnalité innervait désormais toute la procédure pénale, de la phase d'enquête jusqu'à la phase de jugement. Il est devenu au fur et à mesure la clé de voûte de la politique pénale. Institué pour seconder la légalité, la proportionnalité acquiert peu à peu son autonomie. Initialement, l'application de la proportionnalité à la procédure de collecte de preuves ne se faisait qu'au coup par coup. Seules certaines infractions bien spécifiques pouvaient se voir appliquer des règles dérogatoires. La procédure commune de recueil de preuves concernait alors la grande majorité des infractions. Par la suite, le besoin de l'extension des règles dérogatoires aux infractions de droit commun s'est traduit par la fixation de critères. Pour délimiter la frontière entre la procédure commune et la procédure dérogatoire, il est prévu que seules les infractions d'une nature particulière peuvent bénéficier des règles dérogatoires. Cette scission a permis le maintien d'une procédure pénale duale. Cependant l'élargissement sans cesse des règles dérogatoires aux infractions de droit commun vient brouiller cette frontière. La question de la coexistence jusqu'alors « pacifique » de ces deux procédures se pose. En cause la prédominance de la procédure dérogatoire qui laisse peu de place à la procédure commune.

843.- La procédure de collecte de preuves se trouve véritablement être gouvernée par les règles dérogatoires qui, peu à peu, tendent à se substituer aux règles de droit commun. Cette substitution renverserait-elle alors l'ordre de priorité en faisant de la procédure dérogatoire le principe et la procédure commune l'exception ou simplement la procédure dérogatoire serait la seule procédure applicable ? A la première suggestion, il convient de préciser que la procédure dérogatoire ne cesse de grignoter le terrain de la procédure commune. L'extension des règles dérogatoires aux infractions relevant de la procédure commune restreint considérablement les possibilités de la mise en œuvre de la procédure de droit commun. Toutefois, il serait imprudent d'avancer que cette restriction aurait pour conséquence de faire de cette dernière l'exception, laquelle se verrait appliquée que lorsque la procédure d'exception ne paraîtrait pas nécessaire. Certes la procédure commune se trouve peu à peu vidée de sa substance, mais reste pour le moment le principe. C'est dire que

lorsqu'une infraction est commise, la police judiciaire est tenue de privilégier cette procédure. La procédure dérogatoire ne s'impose que lorsque l'infraction en cause remplit les conditions prévues pour sa mise en œuvre. Ainsi, cette constatation permet de répondre à la seconde suggestion. La procédure dérogatoire ne serait pas l'unique principe applicable aux règles de recueil de preuves. Malgré sa place de plus en plus importante, elle demeure une procédure exceptionnelle donnant lieu à la fois à l'autorisation et au contrôle de l'autorité judiciaire.

844.- Il se déduit alors que la transposition de la proportionnalité à la recherche de la preuve ne peut avoir pour finalité, en théorie, que de compléter la légalité. La proportionnalité sert à compenser là où la légalité fait défaut. La proportionnalité prendrait ainsi appui sur la légalité, en aucun cas elle n'aurait pour ambition de se substituer à la légalité. En pratique, la proportionnalité dans la procédure de collecte de preuves semble avoir un double visage : complément et substitut de la légalité. Ce double visage de la proportionnalité rend la procédure pénale illisible. Le bouleversement de la procédure de collecte de preuves exige une refonte totale de la procédure pénale.

CONCLUSION GENERALE

845.- L'imprégnation de la preuve dans chaque phase de procédure est incontestable. Au niveau de l'enquête, la police judiciaire se trouve chargée de rassembler la preuve de l'infraction. Cette mission s'avère essentielle ; la preuve est l'unique élément qui permet d'imputer une infraction à une personne déterminée. Dès lors, toute la phase préalable au jugement est guidée par l'unique obsession de la collecte de la preuve nécessaire à la détermination de la conviction du juge. Pour autant, la preuve de l'infraction ne s'acquiert pas à n'importe quel prix.

846.- Contrairement aux acteurs privés qui disposent d'une grande liberté dans l'obtention et la production de la preuve, en ce qu'ils peuvent produire en justice une preuve obtenue illicitement ou à la suite d'une infraction pénale, la police judiciaire dispose quant à elle d'une liberté toute relative dans l'obtention de la preuve. Cette distinction se justifie par le fait que, dans un Etat de droit, la preuve ne peut être régie que par la loi. La « fin ne peut justifier les moyens » et pour la police judiciaire, une preuve n'est recevable que si sa recherche a été faite dans des conditions légalement définies. Ce principe de la légalité des preuves applicable à la police judiciaire explique en partie la « culture de l'aveu » encore très présente dans notre procédure. Son influence déterminante dans les modes de preuve pousse constamment la police judiciaire à l'obtenir. Alors qu'en théorie, l'aveu ne constitue qu'un élément de preuve parmi tant d'autres, il ne peut se suffire à lui-même pour emporter la culpabilité. En pratique, l'aveu demeure « la reine » des preuves ; la reconnaissance des faits s'apparente systématiquement à l'aveu de culpabilité.

847.- A l'heure actuelle, cette affirmation se trouve confirmée par la singularité de la construction des procédures alternatives aux poursuites et au jugement. Le centre de gravité de ces dernières réside dans la reconnaissance des faits, cette reconnaissance qui s'apparente à l'aveu de culpabilité subordonne la mise en œuvre d'une procédure alternative. Autrement dit, aucune procédure alternative ne peut être déclenchée sans la reconnaissance préalable de la culpabilité. Ce qui revient à considérer que l'aveu seul suffit à impliquer voire à « condamner » la personne mise en cause. Malgré la politique de démystification, l'aveu n'a pas perdu son aura. Mais encore, il se trouve renforcé en raison de la réception de la preuve scientifique. Il n'est plus nécessaire d'obtenir les confidences de la personne, les cellules de

son corps suffisent largement. La preuve scientifique, reposant sur une comparaison de cellules, est devenue un élément incontournable de l'enquête et de la manifestation de la vérité. La coïncidence de cellules entre celles retrouvées sur la scène de l'infraction et celles de la personne mise en cause s'apparente à l'aveu de culpabilité. Dans ce cas, la personne se trouve en grande difficulté pour démontrer son innocence.

848.- Dès lors, la procédure de collecte de preuves repose en grande partie sur l'aveu, les autres éléments de preuve ne viennent que le renforcer. L'aveu permet d'écarter le doute qui pourrait profiter à la personne mise en cause. Afin d'éviter que l'aveu et les autres éléments de preuve ne soient établis à n'importe quel prix, la police judiciaire se trouve encadrée dans sa mission. L'autonomie de volonté de la personne prédomine dans la procédure de recueil de preuves. La police judiciaire doit, sauf exception, rechercher l'assentiment de la personne. A défaut, toute manœuvre destinée à vicier le consentement de la personne contrevient aux garanties procédurales essentielles. Pour cela il est prévu des garants. Le juge détient un droit de regard sur les circonstances de l'obtention des preuves par la police judiciaire. S'il lui semble que compte tenu des circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue, sa réception aurait un effet préjudiciable à l'équité procédurale, le juge doit l'écarter du procès. Toutefois, ces garanties procédurales ne s'imposent pas de façon stricte, le législateur aménage certaines garanties pour faciliter l'enquête pénale. Il s'agit de mettre à la disposition de la police judiciaire des instruments nécessaires à la lutte contre la criminalité. Mais cet aménagement ne concerne *a priori* que certaines infractions en apparence bien identifiées. Pour ces infractions, la police judiciaire peut mettre en œuvre des mesures qui vont précariser les garanties procédurales. Loin de suffire, les nouvelles méthodes de lutte contre certaines formes spécifiques de criminalité ont dû être complétées pour s'adapter à l'évolution de la criminalité.

849.- Le développement de la criminalité transfrontières a eu pour conséquence un éclatement des éléments constitutifs des infractions sur les territoires de plusieurs, et des difficultés croissantes de localisation des auteurs. Pour cette raison, les Etats ont été amenés à accroître leur collaboration en cherchant les moyens d'affaiblir l'obstacle majeur qu'est la souveraineté. L'idée consiste à prévoir que les règles organisant l'obtention des preuves, les moyens pour la recherche et l'obtention des preuves seraient les mêmes pour tous les Etats de l'Union Européenne. Cette idée qui fait son chemin se résume par le principe de

reconnaissance mutuelle. La mondialisation de la société implique l'existence d'un socle commun des règles gouvernant l'obtention des preuves. Sans ce rapprochement, sans cette harmonisation des règles de recueil, de transmission et de recevabilité des preuves, la diversité des ordres juridiques nationaux serait un obstacle à la répression.

ANNEXE

L'organisation de la police judiciaire²¹²¹

²¹²¹ www.interieur.gouv.fr

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

- AIME. CH et ROCHEDY. M., *Droit fiscal*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2013.
- ALLIX. D., *Les droits fondamentaux dans le procès pénal*, Montchrestien, 1997.
- AMBOISE-CASTEROT. C. et BONFILS. PH., *Procédure pénale*, PUF, 2011.
- AUBERT. J.-L et SAVAUX. E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2012.
- AUBOUIN. A., TEYSSIER. A et TULARD. J., *Histoire et dictionnaire de la police*, Robert Laffont, 2005.
- BARBE. E., *L'espace judiciaire européen*, La Doc. fra., 2007.
- BECCARIA. C., *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.
- BENTHAM. J., *Traité des preuves judiciaires*, vol. 2, 2^{ème} éd., Bossange, Paris, 1830.
- BERGER. V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Sirey, 2011.
- BERLIERE. J.-M., *Naissance de la police moderne*, Perrin, 2011.
- BERLIERE. J.-M et LEVY. R., *Histoire des polices en France. De l'Ancien Régime à nos jours*, Nouveau Monde éditions, 2011.
- BERR. C.-J et H. TREMEAU, *Droit douanier communautaire et national*, 7^{ème} éd., Economica, 2006.
- BERTRAND. A., *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2010.
- BINCTIN. N., *Droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 2012.
- BONNIER. E., *Traité théorique et pratique des preuves*, 5^{ème} éd., Larnaude, 1888.
- BOULOC. B., *Procédure pénale*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2012.
- BOUQUIN. J.-P et FAMCHON. M., *Importer, commerce international Douane*, 1^{ère} éd., Delmas, 2006.
- BOUZAT. P et PINATEL. J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1975.
- *Procédure pénale*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1970.
- BUQUET. A., *Manuel de criminalistique moderne et de police scientifique*, 5^{ème} éd., PUF, 2011.

CARBASSE. J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, 2006

CARON. CH., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^{ème} éd., Litec, 2013.

COEURET. A et FORTIS. E., *Droit pénal du travail*, 5^{ème} éd., Litec, 2012.

COEURET. A., GAURIAU. B et MINE. B., *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2013.

COHEN-JONATHAN. G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989.

COLLET. M., *Droit fiscal*, 4^{ème} éd., PUF, 2013.

CONTE. PH., *Droit pénal spécial*, 4^{ème} éd., Litec, 2013.

CONTE. PH et LARGUIER. J., *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., Armand colin, 2004.

Procédure pénale, 21^{ème} éd., Dalloz, 2006.

CONTE. PH et MAISTRE du CHAMBON. P., *Procédure pénale*, Sirey, 2013.

CORNU. G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., mise à jour, « Quadrige/PUF », 2011.

DECOCQ. A., MONTREUIL. J et BUISSON. J., *Le droit de la police*, 2^{ème} éd., Litec, 1998.

DECOCQ. A et DECOCQ. G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2012.

DELMAS MARTY. M., *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995.

- *Procès pénal et droits de l'homme*, PUF, 1992.

DESSPORTES. F et LE GUNEHEC. F., *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009.

DESSPORTES. F et LAZERGES-COUSQUIER. L., *Traité de procédure pénale*, 2^{ème} éd., Economica, 2012.

DONNEDIEU DE VABRES. H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^{ème} éd., Sirey, 1947.

EDELMAN. B., *Droits d'auteur droits voisins, droits d'auteur et marché*, Dalloz, 1993.

ESMEIN. A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII^e siècle*, Panthéon –Assas, 2010.

FAIVRE. Y.-L. et LEVENEUR. L., *Droit des assurances*, 13^{ème} éd., Dalloz, 2011.

FERRI. E., *La sociologie criminelle*, Paris, Rousseau, 1893.

FOURMENT. F., *Procédure pénale*, Paradigme, 2012.

GARCON. E., *Code pénal annoté*, Nouvelle édition refondue et mise à jour par M. ROUSSELET, P. PATIN et M. ANCEL, Sirey, Paris, 1952 à 1959, t. 2.

GARRAUD. R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome I, Sirey, Paris, 1907.

GASSIN. R., *Criminologie*, coll. Précis Dalloz, 4^{ème} éd., 1998.

GUERY. CH., *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz, 2010.

GUIHAL. D., *Droit répressif de l'environnement*, 3^{ème} éd., Economica, 2008.

GUINCHARD. S et BUISSON. J., *Procédure pénale*, 8^{ème} éd., Litec, 2012.

HELIE. F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Tome I, 2^{ème} éd., Plon, Paris, 1866.

HENRY. E., *Amiante, un scandale improbable : sociologie d'un problème public*, Presse Universitaires de Rennes, 2007.

HUET. A et KOERING-JOULIN. R., *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., coll. Thémis, PUF, 2005.

JEANDIDIER. W., *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2005.

JOUSSE. D., *Traité de la justice criminelle de France*, Tomme II, éd. Debrune, Paris, 1771.

LAINGUI. A., *Histoire du Droit pénal*, PUF, 1993.

LAMBERT. L., *Formulaire des Officiers de Police judiciaire*, L.G.D.J., 1985.

- *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de la procédure pénale*, 3^{ème} éd., Desvigne, 1952.

LARGUIER. J., *Procédure pénale*, PUF, 2008.

LE CLERE. M., *Histoire de la Police*, PUF, 1973.

LOCARD. E., *Traité de criminalistique*, sept tomes entre 1931 et 1940, éditions Joannès Desvignes.

MALAURIE. PH et MORVAN. P., *Introduction au droit*, 4^{ème} éd., Defrenois, 2012,

MARGUENAUD. J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2012.

MATHIAS. E., *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., Bréal, 2011.

MAYAUD. Y., *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., PUF-Droit, 2013.

MERLE. R et VITU. A., *Traité de Droit Criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001.

MONTREUIL. J et PARRA. CH., *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970.

NICOLAS-VULLIERME. L., *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., VUIBERT, 2011.

ORTOLAN. J., *Eléments de droit pénal*, t. 2, Plon, 5^{ème} éd., 1886.

PERDUCA. A. et RAMAEL. P., *Le crime international et la justice*, Flammarion, 1998.

PRADEL. J., *Procédure pénale*, 17^{ème} éd., Cujas, 2013.

PRADEL. J., *Droit pénal général*, 19^{ème} éd., Cujas, 2012.

PRADEL. J., *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008.

PRADEL. J et CORSTENS. G., *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009.
 PRADEL. J et DANTI- JUAN. M., *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Cujas, 2010.
 PRADEL. J et VARINARD. A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011.
 PRIEUR. M., *Droit de l'environnement*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011.
 RASSAT. M.-L., *Traité de procédure pénale*, 3^{ème} éd., PUF, 2001.
 - *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011.
 - *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Dalloz, 1997.
 RENAULT BRATTINSKY. C., *Procédure pénale*, 14^{ème} éd., Gualino éditeur, 2013.
 RENUCCI. J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 2013.
 ROBERT. J.-H et REMOND- GOUILLOUD. M., *Droit pénal de l'environnement*, Masson, 1983.
 ROYER. J.-P., *Histoire de la justice en France*, 3^{ème} éd., PUF, 2001.
 STEFANI. G, LEVASSEUR. G et BOULOC. B, *Procédure pénale*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2012.
 SUDRE. F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, Droit fondamental, 2012.
 SUDRE. F., MARGUENAUD. J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA. J., GOUTTENOIRE. A et LEVINET. M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., PUF, 2011.
 VERGES. E., *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Litec, 2011.
 VERNY. E., *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., 2012.
 VERON. M., *Droit pénal des affaires*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2011.
 - *Droit pénal spécial*, 14^{ème} éd., Sirey, 2012.
 VIDAL. G et MAGNOL. J., *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, 9^{ème} éd., t. 2, éd. Rousseau, Paris, 1949.
 VLAMYNCK. H., *Le droit de la police*, 4^{ème} éd., Vuibert, 2011.

OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

- ARCAUTE-DESCAZEUX. M.-J., *L'aveu, essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, Thèse, Toulouse I, 1998.
- ARMAND. G., *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Caen, 2000.
- ARNOUX. Y., *Le recours à l'expert en matière pénale*, PUAM, 2004.
- BAKAS. CH., *Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie*, Thèse, Paris II, 1982.
- BAUDOIN. J.-L., *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, L.G.D.J., 1965.
- BAUER. A et SOULLEZ. CH., *Les fichiers de police et de gendarmerie*, PUF, 2009.
- BEAU. O., *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999.
- BEKAERT. H., *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruylant, Bruxelles, 1972.
- BENILLOUCHE. M., *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, Thèse, Paris I, 2001.
- BERGEAUD. A., *Le droit à la preuve*, L.G.D.J., 2010.
- BERR. C.-J et TREMEAU. H., *Le droit douanier*, 7^{ème} éd., Economica, 2006.
- BOULAN. F., *La provocation*, in *Problèmes actuels de science criminelle*, tome 2, PUAM, 1989.
- BOULOC. B., DEBECO. R et LEGROS. P., *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruylant, 1997.
- BOULOC. B., *L'acte d'instruction*, Thèse, Paris, 1962.
- BOURSIER. M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, nouvelle bibliothèque des thèses, 2003.
- BRODEUR. J.-P et JOBARD. F., *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, Autrement, 2005.
- BRUNET. J.-P., *La police de l'ombre : indicateurs et provocateurs, dans la France contemporain*, Seuil, 1990.
- CADENE. J., *La preuve en matière pénale, Essai d'une théorie générale*, Thèse, Montpellier, 1963.

CARBASSE. J.-M et DEPAMBOUR-TARRIDE. L. (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999.

CARMINATTI. J.-P., *Présumés coupables*, Editions Michalon, 2002.

CATELAN. N., *L'influence de Cesare BECCARIA sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2004.

CESARO. J.-F., *Le doute en droit privé*, Editions Panthéon Assas, 2003.

CESONI. M.-L. (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé*, Bruylant, L.G.D.J., 2007.

CHAUMEIL. J.-M., *La Police judiciaire*, G. Sautai et fils, 1953.

CLEMENT. G et J. LEFEBVRE., *Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne*, PUF, 2011.

CLEMENT. S et PORTELLI. S., *L'interrogatoire*, Sofiac, 2001.

CONTE. PH., *L'apparence en matière pénale*, Thèse, Grenoble, 1984.

CORNELIEN. CH., *Les indic : cette France de l'ombre qui informe l'Etat*, Flammarion, 2011.

COULON. J.-M et FRISON-ROCHE. A. (dir.), *Le Temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

DALBIES. B., *La preuve en droit fiscal*, Thèse, Aix-Marseille III, 1992.

DALBIGNAT-DEHARO. G., *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, L.G.D.J., 2004.

DEBIEN. V., *La catégorie pénale des infractions d'atteinte à la dignité de la personne : analyse critique*, Thèse, Cergy-Pontoise, Tome 1 et 2, 2002.

DECHENAU. D., *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., 2008.

DEFFERRARD. F., *La suspicion légitime*, Biblio. Droit privé, t. 332, L.G.D.J., 2000.

- *Le suspect dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2005.

DEFROUVILLE. O., *La preuve pénale, internationalisation et nouvelles technologies*, La doc. fra., 2007.

DE KERCHOVE. G et WEYEMBERGH. A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

DEMARCHI. J.-R., *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012.

DENIZART. J., *La charge de la preuve en matière pénale*, Thèse, Lille, 1956.

DESPREZ. F., *Rituel judiciaire et procès pénal*, L.G.D.J., 2009.

DE VALICOURT. E., *L'erreur judiciaire*, L'Harmattan, 2005.

DEVEZE. J., *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980.

DIAZ. C., *La police technique et scientifique*, PUF, 2005.

DI MARINO. G., *Les nullités de l'instruction préparatoire*, Thèse, Aix-en-Provence, 1977.

- *L'indicateur*, in *Problèmes actuels de la science criminelle*, III, PUAM, 1990.

DOUCET. J. P., *La protection pénale de la personne humaine*, 1993.

DOUTREMEPUICH. CH., *les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La doc. fr., Paris, 1998.

- *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La doc. fra., Paris, 2006.

DULONG. R. (dir.), *L'aveu ; Histoire, Sociologie, philosophie*, PUF, 2001

DUMARCAY. M., *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques concurrentielles*, Litec, 2010.

DUPUY. J., *La provocation en droit pénal*, Thèse, Limoges, 1978.

ESSAID. M., *La présomption d'innocence*, Thèse, Paris, 1971.

ETCHEGOYEN. A., *Vérités ou libertés La justice expliquée aux adultes*, Fayard, 2001.

ESTRILLARD. C., *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, 2004.

FOROUFANI. F., *Le fardeau de la preuve en matière pénale*, Thèse, Paris, 1977.

FOURTEAU. H., *L'application de l'article 3 de la CESDH dans le droit interne des Etats membres*, L.G.D.J., 1996.

FRANCOIS. G., *La réception de la preuve biologique, étude comparative de droit civil et droit pénal*, Paris I, 2004.

FRISON-ROCHE. M.-A. (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999.

- *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Pais II, 1988.

FRISON-ROCHE. M.-A., MARIN. J.-C et NOCQUET. C. (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001.

GACHI. K., *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2012.

GALMARD. M.-H., *Etat, Société civile et Loi pénale*, PUAM, 2006.

GARNOT. B., *Intime conviction et erreur judiciaire*, Editions Universitaires de Dijon, 2004.

GARRAUD. P., *La preuve par indices dans le procès pénal*, Thèse, Lyon, 1913.

GAYRAUD. J.-F., *La dénonciation en matière pénale : Silence, parole : droit, devoir ?*, Thèse, Paris, 1990.

- *La dénonciation*, PUF, Paris, 1995.

GEORGIN. J.-C., *Les procédures modernes de preuve*, Thèse, Paris, 1962.

GIMENO-CABRERA. V., *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004.

GIRARD. C et HENNETTE-VAUCHEZ. S. (dir.), *La dignité de la personne humaine ; recherche sur un processus de juridicisation*, Droit et justice PUF, 2005.

GIUDICELLI- DELAGE. G et MATSOPOULOU. H. (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve, perspectives comparées*, Société de législation comparée, 2006.

GORPHE. F., *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode critique*, Sirey Paris, 1947.

GRUNVALD. S et DANET. J., *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, 2004.

HARDOIN-LE GOFF. C., *L'oubli de l'infraction*, L.G.D.J., 2008.

HAUBRY. X., *Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites*, L'Harmattan, 2010.

HEILMAN. E., *En quête de l'identité, Les empreintes génétiques et l'identification judiciaire, in Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, éd. Autrement, 1994.

HENNION. P., *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse, Nice, 1998.

HREBLAY. V., *La Police judiciaire*, PUF, 1997.

HUGONET. P., *La vérité judiciaire*, Litec, Paris, 1986.

HUYGHE. F.-B., *ADN et enquêtes criminelles*, PUF, 2008.

INCHAUSPET. D., *L'innocence judiciaire*, Litec, 2001.

JACOBET DE NOMBEL. C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006.

JALBY. CH., *La police technique et scientifique*, 2^{ème} éd., PUF, 2010.

JAULT-SESEKE. F., LELIEUR. J et PIGACHE. CH., *L'espace judiciaire européen civil et pénal ; regards croisés*, Dalloz, 2009.

KERN. F., *Les écoutes au regard du droit répressif français et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Paris II, 1992.

LABORDE. J.-P., *Etat de droit et criminalité organisé*, Dalloz, 2005.

LAGARDE. X., *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, L.G.D.J., 1994.

LAJUS-THIZON. E., *L'abus en droit pénal*, Dalloz, 2011.

LAKHOUA. M.-H., *La loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale*, Thèse, Paris II, 1973,

LASSERRE CAPDEVILLE. J., *La lutte contre le blanchiment d'argent*, L'Harmattan, Paris, 2006.

- *Le secret bancaire, étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, 2006.

LAURET et LASSIERRA., *La torture propre*, GRASSET, 1975.

LEBOIS-HAPPE. J. (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ?*, Société de législation comparée, 2008.

LE GROMET. J.-P et MARTIN. J.-C. (dir.), *Vérité historique, vérité judiciaire*, L.G.D.J., Droit et société, 1998.

LEVY. T., *Justice sans dieu*, Paris, O. Jacob, 2000.

LEVY-BRUHL. H., *La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique*, Lib. M. Rivière, Paris, 1964.

LOLIES. I., *Protection pénale de la vie privée*, PUAM, 1999.

LOMBROSO. C., *L'homme criminel. Etude anthropologique et psychiatrique*, Felix Alcan Editeur, 1887.

MALABAT. V., DE LAMY B et GIACOPELLI. M (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale ; Opinio doctorum*, Dalloz, 2009.

MARX. M., *La preuve par le corps humain*, Thèse, Poitiers, 1997.

MASQUELIER. F., *Les droits de l'automobiliste*, Dalloz, 2004.

MATSOPOULOU. H., *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., 1996.

MAURER. B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Doc. Fr., 1999.

MEADEL. J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, L.G.D.J., 2007.

MERLE. R., *Les présomptions légales en droit pénal*, Thèse, Nancy, 1968.

MIHMAN. A., *Juger à temps ; Le temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008.

MINIATO. L., *Le principe du contradictoire en droit processuel*, L.G.D.J., 2008.

MOLINA. E., *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001.

MONTEIL. M., *100 ans de police judiciaire*, Michel Lafon, 2007.

MORNET. M.-N., *La vidéosurveillance et la preuve*, PUAM, 2004.

MOUHANNA. CH., *Polices judiciaires et Magistrats une affaire de confiance*, La doc. fra., 2001.

MUCCHIELLI. L., *Violences et insécurités. Fantômes et réalités dans le débat français*, Paris, La Découverte, 2003.

NAGOUAS –GUERIN. M.-C., *Le doute en matière pénale*, Dalloz, 2002.

B. NIANG, *Le plaider coupable, étude comparative France/ Etats-Unis*, Thèse, Paris I, 2009.

NGUYEN DUC LONG. C., *La numérisation des œuvres aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec, 2001.

PATARIN. J., *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, dans quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, 1956.

PELTIER. V., *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999.

PERELMAN. CH et FORIES. P., *La preuve en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1981.

PETRINI-JONQUET. S., *Politique criminelle en matière de blanchiment. De la lutte nationale aux obstacles internationaux*, Thèse, Nice, 1997.

PIN. X., *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., 2002.

PLAT. R., *Scène de crime*, éditions Semic Deluxe, 2003.

PRADEL. J., *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990.

- *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en matière pénale* », *Xème colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, PUF, 1976.

- *Les dispositions procédurales de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence-deux années d'application*, Cujas, 2003.

PUGELIER. C. (dir.), *La preuve*, Economica, 2004.

RIBEYRE. C., *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007.

ROBERT.V., *L'administration dans le procès pénal ; Contribution à l'étude du particularisme de l'Administration dans le procès pénal*, Thèse, Paris I, 2004.

ROSENGART. L., *La prescription de l'action publique en droit français et allemand*, Thèse, Caen, 1936.

ROUSSEL. G., *Suspicion et procédure pénale équitable*, L'Harmattan, 2010.

RUDE-ANTOINE. E. (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, PUF, 2007.

TABERT. N., *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007.

THOMAS. D. (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives comparées*, 2004.

TOURNIER. C., *L'intime conviction du juge*, PUAM, 2003.

VALETTE. V., *La personne mise en cause en matière pénale*, Thèse, Bordeaux IV, 2001.

VANIER. G., *La préfecture de police. Une institution atypique au cœur de la Cité*, Les éditions du huitième jour, 2007.

VARAUT. J.-M. , *Le droit au droit*, PUF, 1986.

VARINARD. A., *La prescription de l'action publique, sa nature juridique : droit matériel et droit formel*, Thèse, Lyon, 1973.

VERGES. E., *Les principes directeurs en droit processuel*, Thèse, Aix Marseille, 2000.

VERGES. J., *Les erreurs judiciaires*, PUF, 2002.

VIENNOT. C., *Le procès pénal accéléré, étude de transformation de jugement pénal*, Thèse, Paris X, 2010.

ZOLLINGER. J., *L'intime conviction du juge dans l'innocence*, Travaux de l'Institut de criminologie de Paris, 1977.

La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, 2007.

Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Journées d'études Dalloz, 2004.

La présomption d'innocence, essais de philosophie pénale et de criminologie, éd. Eska, 2004.

ARTICLES, CHRONIQUES

ACCOMANDO. G et GUERY. CH., « La sonorisation : un mode légal de preuve? » *D.* 2002, chron. p. 2001.

AIT IHADADENE. R., « Le droit de visite exercé par l'administration fiscale », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 347.

ALCARAZ. H., « Sonorisation et écoutes téléphoniques : la France se fait tirer l'oreille..., A propos des arrêts Vetter et Matheron de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006, p. 217.

ALLEHAUT. M., « Les droits de la défense », in *Mélanges PATIN*, Cujas, 1965, p.461.

ALLIX. D., « La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable », *Justices* 1998, p. 35.

ALT-MAES. F., « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 301.

- « La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 501.

AMAND. F., « Le Conseil de la concurrence, partenaire de la DGCCRF : état des lieux et perspectives », in 20^{ème} anniversaire du Conseil de la concurrence – Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ? », *RLC* 2007, n° 13, p. 190.

AMBROISE-CASTEROT. C., « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 19 et s.

- « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *Mélanges JULIEN. La justice civile au vingt et unième siècle*. éd. Edilaix, 1993.
 - « Présomption d'innocence », *Rép. pén. Dalloz*, 2003.
 - « Aveu », *Rép. pén. Dalloz*, 2004, spéc. n° 85.
 - « La preuve : une question de loyauté ? », *AJ Pén.* 2005, n° 7, p. 261.
 - « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 29 et s.
- ANCEL. H., « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve perspectives comparées*, GIUDICELLI-DELAGE. G. et MATSOPOULOU. H. (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 140.
- « Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, GIUDICELLI-DELAGE. G. et MATSOPOULOU. H. (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 93.
- ASCENCI. L et PARIZOT. R., « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, GIUDICELLI-DELAGE. G. et MATSOPOULOU. H. (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 81.
- AUVRET. P., « Le droit au respect de la présomption d'innocence », *JCP* 1994, I, 3802.
- « Commentaire de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes », *Comm. Com. électr.*avr. 2010, étude 8.
- AYACHE. G., « A quoi bon !!! (à propos du plaider coupable) », *D.* 2004, p. 356.
- AYNES. L., « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. Droit.* 2000, tome 44, p. 195.
- BADINTER. R., « Le droit au respect de la vie privée », *JCP* 1968, I, 2136.
- « La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine », *JCP* 1971, I, 2435.
 - « La présomption d'innocence, histoire et modernité », in *Mélanges CATALA*, Paris, 2001, p. 133.
- BARBIER. A., « Interpol et les fichiers d'empreintes génétiques, La passerelle en matière d'ADN-un partenariat international », in *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. fra., 2006, p.45.

BARBIERI. J.-F., « De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçon inversement. Greffe d'une procédure confuse sur une infraction floue : le blanchiment de capitaux », *in Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 33 et s.

BARREIROS. J.-A., « Crime et châtement, Statut des repentis », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 751.

BARON. C., « Le droit au silence : une révolution silencieuse », *D.* 2/11/2000, point de vue, p. 111.

BAUER. A et SOULLEZ. CH., « Fichiers de police et de gendarmerie utilisés à des fins administratives : un meilleur contrôle pour une plus grande efficacité », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 70.

BEERNART. M.-A., « Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de la police », *RD pén. crim.* 2009, p. 971 et s

BEHARD-TOUCHAIS. M. (dir.), « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », n° spéc. *LPA* 30 sept. 1998.

BELLIVIER. F., « Infractions sexuelles et empreintes génétiques, à propos du décret et l'arrêté du 18 mai 2000 », *RTD civ.* 2000, p. 648.

BELLIVIER. F et ROCHFELD. J., « Chronique de législation française en matière de droit privé », *RTD civ.* 2000, p. 653.

BENHAMOU. Y., « Vers une inexorable privatisation de la justice », *D.* 2003, chron. p. 2771.

BENILLOUCHE. M., « Les objectifs du procès pénal », *in Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, GIUDICELLI-DELAGE. G. et MATSOPOULOU. H. (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 19.

- « Le plaidoyer de culpabilité. A la recherche d'une vérité judiciaire négociée », *in Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*, RUDE-ANTOINE. E. (dir.), PUF, 2007, p. 264.

BESACIER. F., « Trafic de stupéfiants : une approche scientifique », *AJ Pén.* 2006, p. 251.

BESSON. A., « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.* 1958, chron. p. 133.

BEZIZ – AYACHE. A., « La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve », *AJ Pén.* nov. 2005, 412.

BIANCHI. V., « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ Pén.* 2007, p. 420.

BISIOU. Y., « Enquête proactive et lutte contre la criminalité organisée en France », *in Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception, étude de droit comparé*, M.-L. CESONI (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 349.

BLANC-JOUVAN. H., « La vigilance au cœur de la réglementation financière », *Banque* juin 2005, p. 32.

BLERIoT. V., « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, JAULT-SESEKE. F., LELIEUR. J. et PIGACHE. C. (dir.), Dalloz, 2009, p. 169.

BLOCH. E., « Le refus de se soumettre au prélèvement sanguin », *JCP* 1961, I, 1622 bis.

BLOND. O., « Le syndrome des faux souvenirs », *La Recherche*, juil-août 2001, n° 344, p. 69.

BLONDET. M., « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, éd. G, I, p. 1419.

- « La légalité de l'enquête officieuse », *JCP* 1959, I, 1513.

BOCCARA. D., « Des fondements supposés pour menacer le secret de l'avocat », *Gaz. Pal.* 1, doct. p. 212.

BOLLE. P.-H., « Origines et destin d'une institution menacée, la présomption d'innocence », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 43 et s.

BONFILS. PH et J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale ; opinio doctorum*, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), Dalloz, 2009, p. 251.

BONNIEU. M., « Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire », *RPDP* 2000, p. 212.

BOSSAN. J., « La protection des sources des journalistes en procédure pénale », *Dr. pén.* juil. 2010, étude 14.

BOUCIQUE. J., « La Narco-analyse », *Revue belge de droit pénal*, 1960, p. 330.

BOUGAIN. M., « Garde à vue : piqûre de rappel de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 9 nov. 2010, n° 313, p. 11.

BOULAN. F., « Les procédés modernes d'investigation et la protection des droits de la défense », *Rev. sc. crim.* 1958, supplément au n° 2, p. 3 et s.

- « La provocation, in Problèmes actuels de science criminelle II », PUAM, 1989, p. 7 et s.

- « La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaires de Grenoble 1993, p. 34.

BOULOC. B., « La tradition française relativement au statut des repentis », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 772.

- « Le rôle du juge d'instruction dans la recherche de la vérité », *LPA*. 1986, n° 130-9.

- « Chronique législative », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 662.

- « Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 69.

- « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 221 et s.

- « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 464.

- « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », *D.* 1995, chron. p.315.

- « Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique », in *Mélanges GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 58.

- « La protection des témoins », *AJ Pén.* 2003, p. 73.

- « La preuve en matière pénale », in *La preuve*, Economica, 2004, p.43.

BOURMANNE. M., « L'audition des témoins lors du procès pénal dans la jurisprudence des organes de la Convention. EDH », *RTDH* 1995, p. 41.

BOUZAT. P., « La protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 541.

- « Les procédés modernes d'investigation et la protection des droits de la défense », *Rev. sc. crim.* 1958, supplément au n° 2, p. 3 et s.

- « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges HUGUENEY*, Pedone, 1964, p. 155 et s.

BOYER. J., « Fichiers de police et normes constitutionnelles : quel ordre juridique ? », *LPA* 22 mai 2003, p. 4.

BOURMANNE. M., « L'audition des témoins lors du procès pénal dans la jurisprudence des organes de la Convention. EDH », *RTDH* 1995, p. 41.

BRARD. F., « Le service central de préservation des prélèvements biologiques », in *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. fra., 2006, p. 95.

BROUILLAUD. J.-P., « Quelques remarques sur l'évaluation et la compréhension de la langue française par l'individu poursuivi pénalement », *Gaz. Pal.* 10 avr. 2008.

BULLIER. A.-J et PANSIER. F.-J., « De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common law ? », *Gaz. Pal.* 1997, doct. p. 208.

BUISSON. J., « La légalité dans l'administration de la preuve pénale », *Procédures* 1998, chron. n° 14, p. 3.

- « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, déc. 1999, chron. 15.

- « Les limites de l'intime conviction du juge répressif », *Procédures* mai 2000, chron. n° 6, p. 3 et s.

- « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 25.

- « Le placement en garde à vue », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 671.

- « Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 393.

- « Règles particulières en matière de trafic de stupéfiants, Article 706-26 à 706-33 du C.P.P. », *J-Cl. proc. pén.* Vol. V, 1996, n° 16, p. 7.

- « Chronique de police judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 401.

- « Chronique jurisprudence », *Rev. sc. crim.* Juin 2006, p. 414.

- « Protection du secret des sources des journalistes », *Procédures* 2010, comm. 45.

BUREAU. A., « Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale », *Arch. pol. crim.* 2005, n° 27, p. 132.

BURGELIN. J.-F., « La situation spécifique de la matière pénale », in *Le Temps dans la procédure*, COULON. J.-M et FRISON-ROCHE. A. (dir.), Dalloz, 1996, p. 31.

BYK. C., « La loi relative au respect du corps humain », *JCP* 1994, I, 3788.

- « Tests génétiques et preuve pénale », *RIDC* 1998, p. 682.

- « Fichier national automatisé des empreintes génétiques », *J-Cl. proc. pén.* article 706-54 à 706-56, n° 89, 2006.

CALLEWAERT. J., « Témoignages anonymes et droits de la défense », *RTDH* 1990, p. 270.

CASILE. J.-F., « Plaidoyer en faveur d'aménagements de la preuve de l'infraction informatique », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 65.

CASORLA. F., « Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de clarification », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 53 et s.

CEDRAS. J., « Les écoutes téléphoniques en France et aux Etats-Unis », *RPDC* 1991, p. 159.

- « Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé », *RIDP* 1998, p. 341.

CERE. J.-P., « Conduite sous influence (Alcool – Stupéfiants) », *Rép. pén. Dalloz* 2005, n° 45.

CERE. J.-P et REMILLIEUX. P., « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ Pén.* 2003, p. 45.

CHAMBON. P., « De la légalité des écoutes téléphoniques, concernant un inculpé, ordonnées par le juge d’instruction », *JCP* 1981, I, 3029.

CHANET. CH., « La Convention des Nations-Unies contre la torture et autres traitements inhumains ou dégradants », *AFDI* 1984, 625.

CHASSAING. J.-F., « L’internet et le droit pénal », *D.* 1996, chron. p. 332.

CHARBONNEAU. C. et PANSIER. J.-F., « Présentation de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : de la LSQ à la LSI », *Gaz. Pal.* 26-27 mars 2003, spéc. p. 2.

CHARLES. R., « Le droit au silence de l’inculpé », *RIDpén.* 1953, p. 129.

CHARVET. D., « Réflexions autour du plaider-coupable », *D.* 2004, p. 2517.

CHAVAGNON. A., « La protection des sources des journalistes : la décevante loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 », *D.* 2010, p. 275.

CHAVANNE. A., *J-Cl. pén.* art. 187, n° 37.

CHAVENT-LECLERE. A.-S., « Le secret de l’enquête doit céder devant le secret des sources du journaliste », *Procédures* févr. 2012, comm. 47.

CHEVALIER. P., « De l’alcoolémie à la déchéance », *D.* 1970, chron. p. 1.

CHIAVARIO. M., « Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 30.

- « Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l’homme en Italie », *RIDP* 1993, p. 1205.

CHRESTIA. PH., « La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme : premières observations », *AJ Pén.* 2006, p. 1409.

CHEVRIER. E., « Procédure de gel de biens ou d’éléments de preuves », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 427.

CLEMENT. G et VICENTINI. J.- PH., « L’écoute incidente, genèse d’une poursuite », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 596.

CLEMENT. G., « De la règle pas de nullité sans grief en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 433.

- « Le secret de la preuve pénale », in *Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 183 et s.
- S. CLEMENT, « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », *RICPT* 2004, p. 55 et s.
- COLLIGNON. N et DIAMANT-BERGER. O., « Le consentement aux empreintes génétiques en matière pénale », *Médecine et droit* 2000, p. 5.
- COMMARET. D.-N., « Action publique. Armes commerce des matériels de guerre, d'armes et munition de défense. Plainte préalable des ministres compétents », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 834 et 835.
- « Les métamorphoses de la preuve », *Rev. pén.* 2003.741.
- COHEN-JONATHAN. G., «Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme : Selmouni contre France (28 juillet 1999) », *RGDIP* 2000, p. 181 et s.
- CONTE. PH., « Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment », *JCP* 2005, I, 126.
- « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure », *Rev. sc. crim.* 1985, p. 471.
- « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* avr. 2009.
- « L'arbitraire judiciaire: chronique d'humeur », *JCP* 1988, I, 3343.
- COSTAZ. C., « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.* 1995, 2, doct. p. 961.
- COTTA. S., « La question de la vérité du jugement », in *Mélanges TERRE. L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, Paris, 1999, p. 39.
- COULON. J.-M., « La conscience du juge aujourd'hui », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, CARBASSE. J.-M et DEPAMBOUR-TARRIDE. L. (dir.), PUF, 1999, p. 333.
- COUTURON. J., « Le secret professionnel ne trouve-t-il à s'exercer qu'en matière de procédure pénale », *Gaz. Pal.* 1992, I, doct. p. 295.
- COUVRAT. P., « Le rôle moteur du développement des droits de l'homme en procédure pénale », *Dr. pén.* 2002. 5.
- CRETIN. T., « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 52.

CUTAJAR. C., « La participation des avocats à la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme après le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 », *D.* 2006, chron. p. 2105.

- « Prévention du blanchiment et du financement du terrorisme : il y a urgence ! », *D.* 2006, Tribune, p. 1393.

- « Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire (premières réflexions sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009) », *D.* 2009, p. 822.

DAJAUME. G., « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D.* 1996, chron. p. 153.

DANET. J., « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ Pén.* 2005, p. 133.

- « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ Pén.* 2005, p. 433.

- « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. pol. crim.* 2003, XXV, Pedone, p. 64.

- « Prescription de l'action publique », *Dr. pén.* 2006, p. 285.

DANET. J et GRUNVALD. S., « Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ Pén.* 2004, p. 196.

DARSONVILLE. A., « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pén.* 2007, n° 4.

DAUBIGNEY. M.-CH., « Les nouvelles technologies au service de la procédure pénale », *AJ Pén.* nov. 2007, n° 11, p. 460.

DAVAL, « La loi du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité », *LPA* 15 oct. 1993, n° 124, p. 7.

DEBOVE. F., « L'aveu », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 347.

DE COMBES DE NAYVES. P., « Les faiblesses de la QPC et l'inconventionnalité de l'article 706-56 III du code de procédure pénale », *AJ Pén.* 2011, p. 250.

DEHAPIOT. PH et PANNIER. J., « Le droit de visite des personnes en matière de stupéfiants », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 558.

DEFFERARD. F., « Le crime et le soupçon : réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », *D.* 2001, Jur. p. 2696.

-« La provocation », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 233.

DE KERCHOVE. G., « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 558.

DELAGE. P.-Y., « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie », *D.* 2005, p. 1970.

DE LAMY. B., « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 98.

- « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La lutte contre le crime organisé », *D.* 2004, chron. p. 1910 et s.

DE LA PAUMELIERE. M., « La conduite en état d'imprégnation alcoolique au regard de la nouvelle législation », *D.* 1970, chron. p. 127.

DELMAS-MARTY. M., « A propos du secret professionnel », *D.* 1982, p. 267.

- « La preuve pénale », *Droits*, 1996, p. 60.

DELMAS-SAINT-HILAIRE. J.-P., « Infractions contre la chose publique », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 101.

DE MELO E SILVA. F., « La preuve dans les procédures simplifiées », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, GIUDICELLI-DELAGE. G. et MATSOPOULOU. H. (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 291

DERRIDA, « Perquisitions et saisies chez les avocats, les avoués et les notaires », *Rev. sc. crim.* 1963, p. 223.

DERRIEUX. E., « Secret des sources des journalistes : à propose de la loi du 4 janvier 2010 », *JCP* 2010, n° 3, 18 janv. 2010, p. 40.

DESIRE. S., « Des groupes d'intervention régionaux efficaces et légaux ? », *AJ Pén.* 2004, p. 363.

DE SMET. B., « Le juge d'instruction : obstructionniste ou acteur indispensable dans le procès pénal », *RID pén.* 1996, p. 456.

- « La défense face aux témoins anonymes et la Conv. EDH », *RID pén.* 1998.

DESPREZ. F., « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 18 mois d'application à Montpellier (1^{er} oct. 2004- 1^{er} avr. 2006) », *Arch. pol. crim.* 2006, n° 28, p. 132.

- « L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et à Béziers au regard du principe de judicialité », *Arch. pol. crim.* 2007, n° 29, p. 152.

D'ESTAINOT. R., « Une obligation de vigilance sur mesure », *Banque*, juin 2005. 39.

DETRAZ. S., « Un aspect de la protection des infiltrés et des repentis : le délit de révélation d'identité », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 49.

- « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pén.* 2004, chron. n° 3.

DIALLO. T., « L'entraide répressive internationale en matière pénale : esquisse d'une problématique », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 543.

DION. N., « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, doct. p. 195.

DI RAIMONDO. L., « Droit du justiciable au contrôle efficace de la régularité des écoutes téléphoniques », *JCP* 2005, II, 10091.

DOBKINE. M., « La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, p. 956.

DOLL. P.-J., « De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire », *D.* 1965, chron. p. 127.

- « L'interrogatoire de l'inculpé par les experts », *Gaz. Pal.* II, doct. p. 439.

DONNEDIEU DE VABRES. H., « La justice française et l'emploi du penthotal », *RIDP* 1949, p. 2 et s.

DONNIER. A., « Prescription et clandestinité : la troublante constante de la Cour de cassation », *D.* 2005, n° 43, p. 2998.

D'ORAZIO. S., « L'évolution de la lutte contre la criminalité grave et organisée en Belgique », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception, étude de droit comparé*, CESONI. M.-L. (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 57.

DOYEZ. F., « Avocat et secret professionnel », *AJ Pén.* 2004. p. 144.

DOUTREMEPUICH. F., « Les empreintes génétiques », in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 19.

DREYER. E., « Secret des sources des journalistes : à propos de la loi du 4 janvier 2010 », *JCP* 2010, n° 3, p. 40.

DUFOUR. O., « La CNIL réclame des moyens supplémentaires », *LPA* 2 mai 2005, n° 86, p. 3.

DUMONT. J., « Transports, perquisitions et saisies », *J-Cl. proc. pén.* art. 92 à 98, mars 2003, n° 86.

DURRANDE. S., « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau Code pénal », *D.* 1999, chron. p. 319.

EDELMAN. B., « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185.

ENDERLIN. C.-S., « Le mandat d'arrêt européen », *AJ Pén.* 2006, chron. p. 24.

FABRI. A. et GUERY. CH., « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *Rev. sc. crim.* 2009, p. 349.

FARTHOUAT. J.-R., « La présomption d'innocence », *Justices* 1998, p. 53.

FAUCHER. J., « Narcose et justice », *RPDP* 1950, p. 3.

FINIELZ. R., « Provocation à la commission de l'infraction », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 847.

- « Interception de correspondances émises par la voie des télécommunications- Contrôle par le juge des libertés de la régularité des opérations », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 362.

FOURMENT. F., « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.* 2011, p. 562.

FRANCILLON. J., « Infraction relevant du droit de l'information et de la communication », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 93.

- « Le secret professionnel des journalistes », in *Mélanges LARGUIER*, Presses Universitaire de Grenoble, 1993, p. 128.

FRANCOIS. L., « Le droit du procès pénal à l'épreuve de la médiatisation », *Rev. pénit.* 2003, p. 93.

FRICERO. N., « Sources journalistiques : un secret bien gardé ! », *Gaz. Pal.* 21 janv. 2010.

FRISON-ROCHE. M.-A., « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53.

- « Le secret professionnel », *LPA* 20 juin 2001, n° 122, p. 10.

FRISON-ROCHE. M.-A., « La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, FRISON-ROCHE. M.-A., MARIN. J.-C. et NOCQUET. C. (dir.), Dalloz, 2001, p. 28.

GALLANT. K.-S., DENIS. C et MATHIEU. C., « La lutte contre la criminalité en droit fédéral américain », in *Nouvelles methods de lutte contre la criminalité: la normalisation de l'exception, etude de droit compare*, M.-L. CESONI (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 165.

GALLOT. J., « Le point de vue d'un ancien Directeur général », in A propos d'un éventuel rapprochement entre le Conseil de la concurrence et la DGCCRF, *Concurrences* 2007, n° 1, p. 18.

GALLOUX. C., « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? », *JCP* 1991, I, 3497.

GAMBIER. TH., « La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française », *Dr. pén.*1992, chron. 66.

GARAPON. A., « La justice est-elle « délocalisable » dans les médias ? », *Revue juridique d'Ile de France*, n° 35, déc. 1994/ janv. 1995, p. 87.

GAUTRON. V., « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 60.

- « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pén.* 2010, p. 266.

GENDREL. M., « Garde à vue et droits de l'individu. La défense doit-elle commencer dans les locaux de la gendarmerie ou de la police ? », *Dr. pén.* 1992, chron. p. 1.

GIANNALOPOULOS. D et R. PARIZOT. R., « La preuve technologique des interceptions et surveillances », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale perspectives comparées*, GUIDICELLI-DELAGE. G. et MATSOPOULOU. H. (dir.), Société de législation comparée, 2006, p. 256.

GIQUEL. F., « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 69.

GIUDICELLI. A., « Chronique procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2001, p.607.

- « Repenser le plaider coupable », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 592.

- « Principes directeurs du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 122.

- « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 715.

GLESS. S., « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal regards croisés*, JAULT-SESEKE. F., LELIEUR. J et PIGACHE. CH. (dir.), Dalloz, 2009, p. 162.

GONNARD. J.-M., « Règles particulières en matière de terrorisme, Règles de compétence et de procédure », *J-Cl. proc. pén.* art. 706-16 à 706-25-1, janv. 2000, n° 41.

GORDON. P., « Preuve scientifique, preuve juridique : y a-t-il un « paradoxe de l'expert » ? », *Gaz. Pal.* 23-24 juil. 1999, doct. 13.

GORPHE. F., « La méthode générale d'examen critique des preuves », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 69.

GOUESQUE. J et MICHAUD. J., « Le juge d'instruction et l'expert », *Rev. sc. crim.* 1975, p. 791.

- GOUYET. R., « A propos du devoir de dénonciation des organismes bancaires », *LPA* 2003, n° 1-2, p. 4.
- GRAVEN. J., « L'obligation de parler en justice », *Rev. sc. crim.* 1947, p. 309.
- « Une histoire et une mise en accusation de la torture, des origines à nos jours », *RICPT* 1949, p. 166.
 - « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *Rev. sc. crim.* 1950, p. 313 et s.
 - « Microphones et tables d'écoutes comme instrument d'enquête pénale », *RICPT* 1957, p. 171.
 - « L'administration et la psychologie du témoignage en justice », *Rev. inter. crim. pol. tech.* 1960, p. 269.
- GUERIN. M., « Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2002, p. 45.
- « Nullités de procédure », *Rép. pén. Dalloz*, oct. 2005.
- GUERY. CH et CHOMIENNE, « Secret, révélation, abstention, ou les limites de la liberté de conscience du professionnel dans le nouveau code pénal », *ALD* 1995. comm. 85.
- « Microphones et tables d'écoute comme instruments d'enquête pénale », *Rev. int. crim. pol. tech.* 1949, p. 178 et s.
- HAGELSTEEN. M.-D., « Vers la convergence ? », in A propos d'un éventuel rapprochement entre le Conseil de la concurrence et la DGCCRF, *Concurrences* 2007, n° 1, p. 15.
- HASSENFRATZ. CH., « Les fichiers des empreintes génétiques dans le monde », in *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, CH. DOUTREMEPUICH (dir.), La Doc. fra., 2006, p. 23.
- HEDERER. J., « Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance », *AJ Pén.* 2003, p. 53.
- HENNAU-HUBLET. C., « Les tests d'identification génétique en matière pénale », *RIPC* 1997, n° 462, p. 38.
- HENNION-JACQUET. P., « L'accroissement de l'autonomie décisionnaire de la police judiciaire », *D.* 2005, Jur. p. 1917.
- « Les nullités de l'enquête et de l'instruction, un exemple du déclin de la légalité procédurale », *RPDP* mars 2003, n° 1, p. 7.
 - « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004, Jur. p. 1265.
- HENRION. H., « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal », *Arch. pol. crim.* 2001, p. 13.

- HOLGERSON. A., « Compte-rendu du Colloque international sur la psychologie du témoin tenu à Stockholm en 1981 », *Rev. sc. crim.* 1982, p. 444.
- HOLZAPFEL. D., « Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2010, p. 663 et s.
- JACOPIN. S., « La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* juin 2006, p. 6.
- JEAN. J.- P., « Les groupes d'intervention régionaux, un objet juridique désormais mieux identifié », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 59.
- JEANDIDIER. W., « La présomption d'innocence et le poids des mots », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 49.
- « Les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme : cinq ans de jurisprudence de la chambre criminelle (1983-1987) », *Arch. pol. crim.* 1989, n° 14, p. 104.
- JOBARD. F., « Preuve pénale et technologies ; De nouvelles garanties de vérité et d'équité ? », *Revue de la Gendarmerie nationale*, 2005, n 216, p. 47.
- JOUBERT. C., « La police et l'Europe », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 707.
- JUNCU. C., « Les dispositions de lutte contre le blanchiment des capitaux confrontées au secret professionnel de l'avocat et du notaire », *LPA* 14 juin 2005, n° 117, p. 4.
- JUNG. H., « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 808.
- JUNOSZA ZDROJEWSKI. G., « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité », *Gaz. Pal.* 25-27 juin 1989, chron. p. 4 et s.
- « Perquisitions au cabinet d'un avocat », *Gaz. Pal.* 1993, I, doct. p. 846.
- KAYSER. P., « La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques », *JCP* 1992, I. 3559.
- « L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises », in *Mélanges VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 169.
- « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives », *D.* 1991, chron. 17.
- « Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance », in *Mélanges VOIRIN*, Paris, 1967, p. 437.

KAYSER. P. et RENOUX, « Ecoutes téléphoniques (réponse ministérielle) », *Rev. fr. dr. const.* n° 1-90.

KERCHOVE. G., « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 553.

KOERING-JOULIN. R., « De l'art de faire l'économie d'une loi », *D.* 1990, chron. 187.

KERCHOVE. V.-G., « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, DE KERCHOVE. G. et

KETTELS. A., L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode accusatoire ? », *RD pén. crim.* 2009, p. 989 et s.

WEYEMBERGH. A. (dir.), Ed. de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 3.

KLOTCHKOV. V., « Progrès scientifique et technique et sciences juridiques », in *Mélanges BOUZAT*, Pedone, 1980, p. 44.

LABAYLE. H., « Instrument et procédures de l'espace de liberté, la sécurité et la justice », in *Quelles réformes pour l'espace européen*, DE KERCHOVE. G. et WEYEMBERGH. A. (dir.), Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 41.

LACASSE. F et POULIN. Y., « La protection juridique des indicateurs de police en droit canadien », *Rev. sc. crim.* avril/ juin 2007, p. 280.

LAINÉ. S., « Mandat d'arrêt européen : présentation et aspects pratiques », *AJ Pén.* 2006, chron. p. 9.

LAGARDE. X., « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP* 2005, I, 133, n° 1.

LAMBERT. P., « Le puzzle de la mémoire », *Science et vie*, févr. 2000, n° 989, p. 42.

- « Dignité humaine et interrogatoires musclés de la police », *RTDH* 2000, p. 138.

LAMEYRE. X., « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 547.

LAMY. B., « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 97 et s.

LANGLOIS. M., « L'enquête de flagrant délit : son point de départ et sa durée », *JCP* 1961, I, 1611.

LARGUIER. J., « La preuve d'un fait négatif », *RTDC*, 1953, 5.

- « L'alcool, la police et le sang », *D.* 1962, chron. p. 9.

LASSALLE. J.-Y., « La fiabilité du témoignage », in *Le droit dans le souvenir*, PUAM, 1998, p. 255.

LASSERRE CAPDEVILLE. J., « Secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droits français et suisse », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 231.

- « Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et droit* 2005, n° 100, p. 11 et s.

- « La lutte contre le blanchiment d'argent », *AJ Pén.* nov. 2006, 429.

LAURENT. J.-C., « La correctionnalisation, les problèmes de fond », *JCP* 1950, I, 852.

- « Procédure pénale et correctionnalisation », *JCP G* 1950, I, 877.

LAVRIC. S., « Fadettes du Monde: violation du secret des sources », *D.* 2012, p. 17.

LAZERGES. CH., « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 6.

- « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 644.

- « Réflexions sur l'erreur judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 709.

LEAUTE. J., « Les procédés nouveaux de l'investigation et la protection des droits de la défense », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 19.

LEBLOIS-HAPPE. J., « De la transaction pénale à la composition pénale. Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G* 2000, I, 198, p. 65.

LEBORGNE. A., « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535.

LE BORGNE. G., « Le contrôle des actes des agents de la police judiciaire », *Rev. sc. crim.* 1987, p. 406.

LEBORGNE. J.-Y., « La déclaration de soupçon, une délation culturellement contre-nature », *Gaz. Pal.* 23-24 janvier 2004, p. 28.

Le CALVEZ. J., « Les dangers du X en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme », *D.* 2002, chron. 3024.

- « L'inculpation et la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 1988. 2, doct. p. 681.

LECLERC. H., « Les limites de la liberté de la preuve, aspects actuels en France », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 15.

- « Le doute, devoir du juge », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 49.

- « Les secrets de l'avocat », in *Secrets professionnels*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Autrement, p. 210

LECUYER. G., « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique », *Dr. pén.* 2005, chron. n° 4, p. 12.

LE DOUARIN. N., « La preuve scientifique. Des empreintes digitales aux empreintes génétiques un siècle de découvertes en Biologie », *in La preuve*, Economica, 2004, p. 29.

LEGEAIS. R., « Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme », *in Mélanges COUVRAT*, PUF, p. 255 et s.

LEGER. N., « Enregistrement clandestin et loyauté de la preuve », *JCP* 2005, éd. G. II, 10025.

LEGRAND. G., « Le secret bancaire ou la théorie de la relativité », *JCP E* 2005, n° 999.

LE GUNEHÉC. F., « Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Première partie : Dispositions communes à l'enquête et l'instruction », *JCP* 28.06.2000, éd. G, n° 26, Actualité, Aperçu rapide, p. 1223.

LEIGH. L., « La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé », *RID pén.* 1985, p. 213.

LE MASSON. J.-M., « La recherche de la vérité dans le procès civil », *in Vérité historique, vérité judiciaire*, LE GROMET. J.-P et MARTIN. J.-C. (dir.), L.G.D.J., Droit et société, 1998, p. 21.

LEMONDE. M., « La protection des témoins devant les tribunaux français », *Rev. sc. crim.* 1996, p. 815.

LENA. M., « Non-conventionnalité du retrait de plein droit des réductions de peine en cas de refus de prélèvement biologique », *D. act.* 14 avr. 2011.

LENNOM. J.-L., « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* oct. 2007, p. 17.

LEPAGE. A., « Droit pénal et conscience », *Dr. pén.* 1999, chron. 1.

- « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *Comm. com. électr.* 2007, étude 13.

LEROY. J., « Garde à vue », *J-Cl. Proc. pén.* 2003, art 53 à 73.

LEROY. M., « Le contrôle de l'aptitude au témoignage », *D.* 1969, chron. 22, p. 175.

LESCLOUS. V., « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue, point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, dossier 2.

LESCLOUS. V., « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue, point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.* 2010, dossier 2.

- « Les empreintes génétiques en procédure pénale », *in Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 119.

LESCLOUS. V et MARSAT. C., « Chronique des parquets et de l'instruction. Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques », *Dr. pén.* juin 1998, n° 17, p. 5.

LETANG. J., « Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier », *Gaz. Pal.* 1993, 2, doct. p. 1370.

LEVASSEUR. G., « Protection de la personne, de l'image et de la vie privée », *Gaz. Pal.* 1994, 3, doct. p. 996.

- « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité », *RIDP* 1972, p. 320.
- « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *Mélanges PATIN*, p. 489.

LEZEAU. T., « Prélèvements sur scène de crime », in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. frac., 1998, p. 35.

LINDON. R., « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée », *JCP* 1970, I, 2357.

LISSOUCK. F., « Le statut juridique des groupes d'intervention régionaux : entre Etat de droit et logique sécuritaire », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 267.

LOUIS-LUCAS. P., « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges SAVATIER*, Dalloz, Paris, 1965, p. 584.

LUCAZEAU. G., « Le temps en droit pénal : recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 521.

MAIRE. P., « Loi professions : les modifications apportées au statut des experts judiciaires », *Gaz. Pal.* 15 juin 2004, n° 167, p. 7.

MAISTRE du CHAMBON. P., « La régularité des procédures policières : l'évolution de la jurisprudence », *JCP*, 1989, I, 3422.

MANACORDA. S., « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 881.

MARGUENAUD. J.-P., « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, chron. p. 249.

- « Le droit à l'expertise équitable », *D.* 2000, chron. p. 111.
- « La stigmatisation européenne des provocations policières », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 694.

MARIN. J.-C., « Méthode de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière politique pénale et délinquance économique et financière », in *La justice pénale*

face à la délinquance économique et financière, FRISON-ROCHE. M.-A., MARIN. J.-C., et NOCQUET. C., Dalloz, 2008, p. 48.

P.-Y. MAROT. P.-Y., « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 62.

MARTIN. R., « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.* 1981, 1, D, p. 209.

- « La confidentialité des correspondances entre avocats adverses », *JCP* 1994, I, 3787.

- « La confidentialité des correspondances entre avocats après la loi du 7 avril 1997 », *JCP* 1998, I, 108.

MARX (Y.), « Observations sur le problème de l'expertise pénale », in *Mélanges HUGUENEY*, p. 193 et s.

M. R., « La narco-analyse et la jurisprudence des tribunaux américains », *Rev. sc. crim.* 1960, p. 138 et s.

MASCALA. C., « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004, p. 3050.

MASSE. M., « Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen », *Rev. sc. crim.* 2000, p. 469.

- « Actualité française de l'entraide judiciaire internationale », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 891.

- « La coopération judiciaire avec les Etats-Unis », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 421.

- « Droit pénal international », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 410.

- « L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 463.

MASSIAS. F., « Chronique jurisprudence droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 891.

- « Chronique internationale », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 408.

MATELLY. J.-H., « Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire », in *10 ans d'empreintes génétiques*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. fra., 1998, p. 130.

MATHIAS. E., « Alternatives consensuelles : leurres et travers de la répression volontaire », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2006, n° 245, p. 2.

MATHIEU. B., « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282.

MATHONNET. P., « La présomption d'innocence en droit comparé ; Colloque organisé par le centre français de droit comparé et le ministère de la justice », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 847.

MATSOPOULOU. H., « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 411 et s.

- « L'oubli en droit pénal », *in Mélanges BOULOC. Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 771.
- « Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité, à propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *JCP G* 2010, 1104.
- MAURO. C., « Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010 », *Dr.pén.* 2010, étude 29.
- MAYER. D., « Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit », *D.* 1980, chron. p. 100.
- « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse » *D.* 1993, chron. p. 273.
- MAYER- JACK. A., « Confrontations, transports sur les lieux et droits de la défense », *JCP* 1981, I, 3045.
- MAYAUD. Y., « Terrorisme », *Rép. pén. Dalloz*, 1997, n° 174.
- « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non dénonciation, ou le tribut payé à César », *D.* 2001, p. 3454.
- « La garde à vue « à la française » aux oubliettes ? », *D.* 2010, p. 2696.
- MAZEN. N.-J., « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », *LPA* déc. 1994.
- MELLOR. A., « Vers un renouvellement du problème de l'hypnose en droit criminel », *Rev. sc. crim.* 1958, p. 371.
- MELENNEC. L., « Perquisitions, saisies et secret professionnel médical », *Gaz. Pal.* 1980, I, doctr. p.145.
- MERLE. R., « Le corps humain, la justice et les experts », *JCP G* 1995, I, 1219.
- MIEN. D., et LUCIANI. J.-F., « Nouvelle entaille dans les droits de la défense : la liberté de communication entre l'avocat et son client remise en cause », *AJ Pén.* 2003, p. 64.
- MIHMAN. A., « Exemption et réduction de peine pour les repentis : apports de la loi du 9 mars 2004 « Perben II » », *Dr. pén.* 2004. chron. 1.
- « Comment réformer la prescription de l'action publique ? », *Rev. pénit.* 2007, p. 517.
- MILANOVA. A., Preuve corporelle, vérité scientifique et personne humaine, *RRJ* 2003, p. 1755.
- MILBURN. PH., MOUHANNA. CH et PERROCHEAU. V., « Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale », *Arch. pol. crim.* 2005, n° 27, p. 151.
- MIMIN. P., « Recherche de la vérité », *D.* 1956, chron. p. 137.
- « La preuve par magnétophone », *JCP* 1957, I, 1370.

MINET. J.-J., « En finir avec la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 1994. 2, doct. p. 1366.

MOLINA (E.), « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 262.

MOLINS. F., « Plaidoyer pour le « plaider-coupable » : des vertus d'une peine négociée », *AJ Pén.* 2003, p. 61.

- « Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ? », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* : Journées d'études, Dalloz, 2004, p. 365.

- « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités », *AJ Pén.* 2004, p. 177.

MONTREUIL. J., « L'audition du témoin par la police », *Police nationale*, 1976, n° 102, p. 31.

MORGANTE. G., « La lutte contre la criminalité organisée en droit italien », in *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, CESONI. M.-L. (dir.), Bruylant, L.G.D.J., 2007, p. 183 et s.

MORIN. P., LE DOUARIN. N et PUIGELIER. C., « Science et raison du droit : opposition ou complémentarité ? », *JCP N* 2004, n° 21-22, p. 887.

MOTULSKY. H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges ROUBIER*, Paris, 1961, t. 2, p. 175 et s.

MOUSTIERS. A., « Preuve et biotechnologies : l'utilisation des empreintes génétiques à des fins judiciaires », in *La preuve pénale, internationalisation et nouvelle technologie*, O. DE FROUVILLE (dir.), La Doc. fra., 2007, p. 195.

MULLER. Y., « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* févr. 2011, étude 2.

- « L'idéal de vérité dans le procès pénal », in *Mélanges ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 542.

NAGOUAS- GUERIN. M.-C., « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 283.

NAGY. L., « Quelques problèmes relatifs à l'expertise psychologique du témoin dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.* 1970, p. 355.

NICOLOPOULOS. P., « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 1.

NIORE. V., « Petit guide à usage du bâtonnier ou de son délégué en matière de visites domiciliaires, saisies et perquisitions judiciaires au domicile et en cabinet d'avocat », *Gaz. Pal.* 8 mars 2001.

NOCQUET. C., « Méthodologie de l'approche et du traitement de la délinquance économique et financière L'instruction au pôle financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, FRISON-ROCHE. M.-A., MARIN. J.-C. et NOCQUET. C. (dir.), Dalloz, 2001, p. 54.

NOELLE COMMARET. D., « Chronique jurisprudence », *Rev. sc. crim.* avril/ juin 2006, p. 346.

OLIVIER. M., « L'identification des personnes par les empreintes génétiques. Une nouvelle restriction à la liberté de choix de l'expert par le juge », *Gaz. Pal.* 1997, I, doct. p. 423.

- « La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure et les personnes habilitées à procéder à des identifications génétiques », *Gaz. Pal.* 15 mai 2003, n° 135, p. 3.

OTTENHOFF. R., « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 616.

PADOVA. Y., « A la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques », *Ach. pol. crim.* 2004, vol. 26, p. 71.

PADOVA. Y. et MOREL. C., « Droits des fichiers, droits des personnes », *Gaz. Pal.* 10 janv. 2004, n° 10, p. 2 (1^{ère} partie) et 13 janv. 2004, p. 2 (2^{ème} partie).

PALAZZO. F., « La législation italienne sur les repentis : discipline, problèmes et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 758.

PALMATIER. J.-J., « Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonge ? Un point de vue des Etats-Unis », *AJ Pén.* 2008, p. 124.

PANNIER. J., « Les pouvoirs d'investigation des agents des douanes », *Gaz. Pal.* 1992, I, doct. p. 7.

PASCAL. O et SCHLENK. A., « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pén.* 2004, p. 24.

PELISSIER. J., « La protection du secret de la correspondance au regard du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1965, p. 105.

PEREIRA. B., « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.* 2005, p. 2041.

- PERROT. R., « Le silence en droit judiciaire privé », in *Mélanges RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p. 627.
- PETTITI. L.- E., « Le problème des repentis », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 753.
- « Les écoutes téléphoniques et la protection de la vie privée », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 829.
 - « Les écoutes téléphoniques en Europe », *Gaz. Pal.* I, doct. p. 236.
- PICARD. E., « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 275.
- PIGACHE. C., « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 55.
- PIN. X., « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245.
- PIRE. E., « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D.* 2003, p. 771.
- POMPE. P.-J., « La preuve en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1961, p. 269.
- PONCELA. P., « Quand le procureur compose avec la peine », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 638.
- PORTNOI. B., « A propos du délit de sale gueule », *Gaz. Pal.* 1992, I, doct. p. 12.
- POUGET. PH., « Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 77.
- PRADEL. J., « L'incidence du secret médical sur le cours de la justice pénale », *JCP* 1969, I, 2234.
- « Les dispositions de la loi n° 70 643 du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée », *D.* 1971, doct. p. 114.
 - « La loi du 2 février 1981 dite Sécurité et liberté et ses dispositions de procédure pénale », *D.* 1981, chron. p. 101.
 - « La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 622.
 - « La célérité du procès pénal », *RICPT* 1984, p. 405.
 - « Les recherches d'identité et la poursuite des délits flagrants depuis la loi du 10 juin 1983 », *D.* 1984, chron. p. 76.
 - « La responsabilité pénale de l'expert judiciaire », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 247.
 - « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1990, chron. p. 17.
 - « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1990, chron. p. 18.

- « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1990, chron. p. 15 et s.
 - « Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications » *D.* 1992, chron. p. 49.
 - « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi, commentaire de la loi n° 91-1264 du 18. 12. 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic de stupéfiants », *D.* 1992, chron. p. 229 et s.
 - « La montée des droits du délinquant au cours de son procès », in *Mélanges LARGUIER*, Presse universitaires de Grenoble 1993, p. 223 et s.
 - « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *RIDP* 1995, p. 323.
 - « De l'enquête pénale proactive suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, chron. p. 57.
 - « Une consécration du plea bargaining à la française ; la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, chron. p. 379.
 - « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 1.
 - « La célérité et les temps du procès pénal », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 265.
 - « Encore une tornade sur notre procédure pénale », *D.* 2000, chron. n° 26.
 - « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, chron. n° 13, p. 1039.
 - « La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence », *D.* 2002, chron. p. 1693.
 - « Défense du plaidoyer de culpabilité », *JCP* 2004, n° 58.
 - « Le mandat d'arrêt européen », *D.* 2004, chron. p. 1392.
 - « Régularité de la transcription d'écoutes téléphoniques et qualification de témoin assisté », *D.* 2004, p. 671.
 - « Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apport de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP* 2004, I, 134.
 - « Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg », *D.* 2005, p. 1755.
 - « Vers une métamorphose de la Garde à vue après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 », *D.* 2010, p. 2783.
- PUIGELIER. C., « Qu'est-ce qu'un droit à la vie ? », *D.* 2003, p. 2781.
- « Science et droit : réflexions sur un malentendu », *JCP N* 30 juillet 2004, n° 31, p.1386.

- « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième Millénaire », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 473 et s.
- PY. B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pén.* 2004, p. 133.
- QUEMENER. M., « Lutte contre la cybercriminalité : l'infiltration gagne du terrain », *Comm. com. électr.* sept. 2010, n° 9, alerte 82.
- QUINTERO OLIVARES. G., « La cyber criminalité et la responsabilité pénale des prestataires de services », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 773 et s.
- RAISON-REBUFAT. L., « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.* 26/27 juil. 2002, p. 20.
- RAMONATXO. TH., « Le fichier national automatisé des empreintes génétiques : un outil au service des enquêtes pénales », in *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, DOUTREMEPUICH. CH. (dir.), La Doc. fra., 2006, p. 101.
- RAOULT. C., « Le secret professionnel (...) encore ! », *Gaz. Pal.* 28 févr.-1^{er} mars 2003, doct. 12.
- RAVANAS. J., « L'immixtion arbitraire dans la vie privée », *D.* 1997, chron. p. 7.
- REGNAULT. J.-D., « Composition pénale : l'exemple du Tribunal de Cambrai », *AJ Pén.* 2003, p. 55.
- REINHARD. A., « Droit pénal, droit vénel ? Récit d'un glissement de frontières », *Dr. pén.* 2003, p. 4.
- RENUCCI. J.-F., « Les témoins anonymes et la CEDH », *Rev. pén.* 1998.
- « L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* n° 19, 10 Mai 2000, I, 227.
- « Chronique de jurisprudence », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 879.
- « Le contrôle effectif de la régularité des éléments de preuve », *Rev. sc. crim.* 2006, p. 876.
- RIFFAULT. J., « Le blanchiment de capitaux en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 229.
- ROBERT. H., « L'obligation de déclaration de soupçon », *LPA* 17 juil. 2008, p. 11.
- « TRACFIN : du soupçon déclaré d'opération illicite à la présomption d'infraction », *AJ Pén.* nov. 2006, p. 437 et s.
- ROBERT. J.-H., « Nullités de procédure et bonne administration de la justice », *D.* 1971, p. 85.
- « Du secret des sources à la réquisition des fadettes », *JCP* 2011, 1099.
- ROBERT. M., « Le fichier national des empreintes génétiques », *Médecine et droit*, n° 34-1999, p. 17.
- ROETS. D., « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour EDH », *AJ Pén.* 2008, p. 119.

ROUJOU DE BOUBEE. G., « Le temps dans la procédure pénale », in *Le temps dans la procédure*, L.G.D.J., 1983, p. 89.

ROUQUIE. S., « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *LPA* 13 mai 1998, n° 57

ROUSSEL. P., « L'influence de l'informatique sur l'administration de la preuve pénale », *Communication*, n° 12, Déc. 2005, Etude 43.

ROUSSEL. Y., « L'introduction du « repentir » ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ Pén.* 2005, 363.

ROUSSELLET. M., « Les ruses et les artifices dans l'information criminelle », *Rev. sc. crim.* 1946, p. 50 et s.

RUBI- CAVAGNA. E., « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 23.

SAAS. C., « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827.

- « De la composition pénale au plaider-coupable », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827.
- « Espace Schengen, liberté de circulation et juge communautaire », *D.* 2006, p. 1508.
- « Vers une reconnaissance de la loyauté dans la discussion de la preuve ? », *AJ Pén.* n° 7-8 juil-août 2007, p. 331.
- « Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ? », in *Vers un nouveau procès pénal ?* LEBLOIS-HAPPE. J. (dir.), Société de législation comparée, 2008, p. 57.

SAINT-DIDIER. D., « Fichier national automatisé des empreintes génétiques : FNAEG », *Médecine et droit* 2002, n° 53. 1.

SAVATIER. R., « De sanguine jus », *D.* 1954, chron. p. 141.

SCHUTTE. J., « Commentaire sur le projet de décision-cadre relatif à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, DE KERCHOVE. G. et WEYEMBEH. A. (dir.), Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 106.

SCHWENDENER. M., « Les principaux fichiers de la police », *AJ Pén.* 2003, 21.

- « Signalement et identification », *Rép. pén. Dalloz*, 2010.

SEIZELET. E., « La contrainte physique et l'aveu dans la procédure pénale japonaise contemporaine », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 805.

SERRATRICE – COUTTENIER. B., « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 464.

SEURIN. M., « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004 quel avenir pour l’instruction préparatoire ? », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 565 et s.

SICURELLA. R., « Nulla poena sine culpa : un véritable principe commun européen ? », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 14.

SINKONDO. M., « Crimes et immunités diplomatiques : le droit international peut-il à la fois souffler le chaud et le froid ? », in *Les immunités pénales. Actualités d’une question ancienne*, G. CLEMENT et J. LEFEBVRE (dir.), PUF, 2011, p. 167 et s.

SOULARD. T., « Réflexions sur la notion d’intime conviction ; genèse et portée de l’article 353 du Code de procédure pénale », *RPDP* 2004, p. 555.

SPENCER. J.-R., « Les limites en matières de preuve, aspects actuels », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 42.

SPENCER. J., DELEUSE. B. et VORMS. D., « La preuve : une question inclassable », *Arch. pol. crim.* 1995, n° 15, p. 37.

SPIELMAN. D., « Procès équitable et présomption d’innocence », *RTDH* 1995, p. 657.

SUDRE. F., « Droit de la Convention européenne des droits de l’homme », *JCP* 1998, I, 107.
- « Torture et garde à vue : un arrêt de principe », *JCP* 1999, II, 10193.

SUSINI. J., « La détection du mensonge par la police », *Rev. sc. crim.* 1953, p. 137 et s.
- « Un chapitre nouveau de police scientifique : la détection objective du mensonge », *Rev. sc. crim.* 1960, p. 326 et s.
- « Un chapitre de la psychologie policière : la dénonciation », *Rev. sc. crim.* 1964, p. 887.
- « Le témoin, le témoignage et la police », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 499.
- « Déontologie et Police : contribution à la renaissance de l’éthique comme condition de la vie de la loi », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 772.
- « La polygraphie du mensonge en 1983 », *Rev. sc. crim.* 1983, p. 521 et s.
- « Aspects modernes de l’aveu », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 817.
- « L’hypnose d’investigation : des faits troublants ou prodromatiques ? (Les contenus nouveaux de l’enquête spécifique de police) », *Rev. sc. crim.* 1986, p. 915.
- « Les responsabilités de la police », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 407.

TAK. P. J.-P. et VAN EIKEMA HOMMES. G.-A., « Le test ADN et la procédure pénale en Europe », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 678.

TARONI. F. et MANGIN. P., « L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et la probabilité », *Médecine et droit* 1998, p. 6.

THAMAN. S., « L'auto condamnation dans la procédure pénale la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité », in *Mélanges PRADEL. Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 939 et s.

THERY. PH., « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, n° 23, 1996, p. 48.

THWAITES. N., « Eurojust : autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier ? », *Rev. sc. crim.* Janvier/ Mars 2003, p. 45.

THOMAS. D., « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentative sécuritaire », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 53 et s.

THONY. J.-F., « Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ? Quelques expériences nationales et internationales de confiscation des biens en matière de blanchiment ou de terrorisme », in *Mélanges OTTENHOF. Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 269 et s.

- « Les mécanismes de traitement de l'information financière en matière de blanchiment de l'argent », *RD pén. crim.* n° 11/ 96.

THOUVENIN. D., « Révélation d'une information à caractère secret, art. 226-13 à 226-14 du Code pénal », *J-Cl. pén.* 1998, fasc. 20, n° 63.

THWAITES. N. L.-C., « Eurojust autre brique dans l'édifice de la coopération judiciaire en matière pénale ou solide mortier ? », *Rev. sc. crim.* janvier/ mars 2003, p. 57.

TOULOUSE, « Le secret professionnel et la liberté de la défense », *Gaz. Pal.* 1951. 2, doct. p. 40.

TULKENS. F., « L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants », in *Mélanges COUVRAT*, PUF, p. 314 et s.

VALOTEAU. A., « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* mai 2006, n° 5, étude 8.

VAN DE KERCHOVE. M., « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1992, p. 1.

- « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? Débat sur vérité procédurale ou vérité substantielle », *Déviance et Société*, 2000, vol. 24, n° 1, p. 96.

VANHOUDT. M., « Le droit de perquisition et les atteintes à l'inviolabilité du domicile », *RDPC* 1959-1960, p. 243.

- VARAUT. J.-M. et RUET. L., « Secret professionnel et confidentialité dans les professions juridiques et judiciaires », *Gaz. Pal. Rec.* 1997, doct. p. 1054.
- VARAUT. J.-M., « Secret et transparence », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 2, p. 1310.
- VATIER. B., « Europe : de sombres nuages dans le ciel de la démocratie », *La tribune*, 29 juin 2005, p. 36.
- VATIER. B.-B., « Le souffle nouveau de la loi du 15 juin 2000 », *Gaz. Pal.* 2001, p. 1219.
- VEDEL. R., « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJ Pén.* févr. 2007, n° 2, p. 67.
- VERGES. E., « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », *AJ Pén.* 2006, p. 354.
- « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 887.
- « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pén.* 2004, p. 181.
- VERIN. J., « L'expertise dans le procès pénal », *Rev. sc. crim.* 1980, p. 1022.
- VERNY. E., « Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction », *Rev. pénit.* 2004. 777 et s.
- VERON. M., « Clandestinité et prescription », *Dr. pén.* 1998, chron. n° 16, p. 4.
- VERVAELE. J. A. E., « Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête administrative et judiciaire », *Rev. sc. crim.* 1999, p. 472.
- VIALA. A., « Le régime des visites domiciliaires en matière fiscale et douanière », *Gaz. Pal.* 1990, I, doct. p. 229.
- VIENNE. R., « Les écoutes téléphoniques au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges LEVASSEUR*, Litec, 1992, p. 263.
- VIRIOT – BARRIAL. D., « La preuve en droit douanier et la convention européenne des droits de l'homme », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 537.
- VLAMYNCK. H., « Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes », *AJ Pén.* 2004, p. 197.
- VOLFF. J., « La composition pénale : un essai manqué ! », *Gaz. Pal.* 2000, doct., p. 560.
- « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G*, 2004, I, 146.
- VOLO. P., « Le silencieux du droit au silence », *LPA* 19 juil. 1993, n° 1993, p. 17.
- VOUIN. R., « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D.* 1949, chron. p. 101 et s.
- « De la contradiction dans l'expertise », *Rev. sc. crim.* 1956, p. 243.

- « Preuve et atteintes à la personne », *JCP* 1949, I, 758.

VROOM. C., « La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux Etats-Unis », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 487.

WACHSMANN. P., « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 1988, p. 1.

RAPPORTS, PROJETS ET PROPOSITIONS

BATHO. D et BENISTI. J.-A., *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Assemblée Nationale, 2009.

DELAMS-MARTY. M (dir.), *La mise en état des affaires pénales*, La Doc. fra., 1991.

LEMOINE. P., *Rapport de la Cour de cassation sur la loyauté de la preuve*, 2004.

MAGENDIE. J.-C., *Rapport sur l'efficacité et la célérité de la justice*, La Doc. Fra., 2005.

RASSAT. M.-L., *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, Dalloz, 1997.

TRUCHET. P (prés.), *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*, La Doc. fra., 1997.

WARSMANN. J.-L., *Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 851, I, mai 2003, p. 136.

-*Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, n° 2378, 15 juin 2005, *JOAN*, doc. Parl, p. 13.

CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS SOUS DECISIONS DE JUSTICE

BARBIER. S., obs. sous CEDH, 29 août 1997, Worm c/ Autriche, *JDI* 1998, 214.

BEERNAERT. M.-A., obs. sous CEDH, 20 juin 2002, Borghi c/ Italie, *RTDH* 2003, p. 971.

BEERNDERT. M.-A., note sous CEDH 26 mars 1996, Doorson c/ Pays-Bas, *RDPC* 1997, 1221.

BERR. CL., note sous Cass. crim., 21 juill. 1982, *D.* 1982, p. 642.

BETTATI. CH., note sous Cass. crim., 1 oct. 2003, *Gaz. Pal.* 2004, n° 202, p. 42.

BOUZAT. P., note sous Cass. crim., 2 mars 1961, *D.* 1962, Jur. p. 121.

- note sous Trib. corr. Seine, 7 mars 1963, *JCP* 1964, II,13522.

BRAUNSCHWEIGH., obs. sous Cass. crim., 12 janv. 1989, *Rev. sc. crim.* 1989, p. 350.

BUISSON. J., obs. sous CEDH, 8 fév. 1996, John Murray contre Royaume- uni, *Procédures* 1996, n° 194.

- obs. sous CEDH, 28 juil. 1999, *Procédures* 1999, n° 256.

- note sous CEDH, 20 déc. 2005, *Procédures* juin 2006, comm146.

- note sous Cass. crim., 9 août 2006, *Procédures* n° 12, déc. 2006, comm. 278.

- note sous Cass. crim., 18 janv. 2006, *Procédures* 2006, comm. 85.

- note sous Cass. crim., 9 août 2006, *Procédures* 2006, comm. 128.

- note sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *Procédures* n° 6, juin 2007, comm. 147.

CARON. CH., obs. sous Cass. crim., 13 janv. 2009, *JCP G* 2009, I, 30, n° 12.

CERE. J.-P., obs. sous Cass. crim., 1 mars 2006, *AJ Pén.* 2006. 222.

CHAMBON. P., note sous Poitiers, 7 janv. 1960, *JCP* 1960, II, 11599.

- note sous Cass. crim., 5 juin 1975, *JCP* 1976, II, 18243.

- note sous Cass. crim., 18 déc. 1989, *JCP* 1990, II, 21530-21531.

COHEN-JONATHAN. G., note sous CEDH, 24 avr. 1990, Kruslin c/ France, *RUDH* 1990, 195.

COLOMBINI., note sous Cass. crim., 7 mai 1951, *JCP* 1951, II, 6440.

COLONA D'ISTRIA. H., obs. sous CEDH, 10 févr. 1995, Gea Catalan c/ Espagne, *D.* 1996, somm. 198.

COMBALDIER. R., concl. sous Paris, 24 janv. 1952, *S.* 1952, II, 93.

COMMARET. D.-N., obs. sous Cass. crim., 7 déc. 2005, *Rev. sc. crim.* 2006, 343.

COULON. J., note sous Cass. crim., 24 févr. 1999, *D.* 1999, p. 460.

D. J.-P., note sous Cass. crim., 16 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1972, 2, 424.

DE CODT. J., note sous CEDH, 23 avr. 1997, Van Mechelen c/ Pays-Bas, *RTDH* 1998, 145.

DELMAS SAINT HILAIRE. J.-P., note sous Cass. crim., 16 déc. 1997, *Rev. sc. crim.* 1999, p. 588.

- obs. sous Cass. crim., 13 nov. 1997, *Rev. sc. crim.* 1998, p. 555.

DEMARCHI. J.-R., note sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *D.* 2007, p. 2012.

DE VALKENEER. C., obs. sous CEDH, 15 juin 1992, Ludi c/ Suisse, *RTDH* 1993, p. 313.

DIMARIO. G., note sous Cass. crim., 9 oct. 19980, *JCP*, éd. G, 1981, II, 19578.

DINTILHAC. J.-P., obs. sous Cass. crim., 26 sept. 1995, *Rev. sc. crim.* 1996, p. 139.

DI RAIMONDO. L., obs. sous CEDH, 29 mars 2005, Mathéon c/ France, *JCP G* 2005, II, 10091.

DONNEDIEU de VABRES. H., note sous Toulouse, 23 avr. 1942, *D.* 1943, p. 94.

DOUCET. J.-P., note sous Versailles, 13 mai 1970, *Gaz. Pal.* 1971, I, 34.
- note sous Cass. ch. mixte. 15 déc. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, 223.

DRAGO., note sous CE, 11 mai 1951, *Baud, S.* 1952, 3, 13.

FORTIS. E., obs. sous Cass. crim., 3 déc. 2003, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 636.

FOURMENT. F., note sous CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France, D.* 2011, p. 26.

FRANCILLON. J., obs. sous Cass. crim., 5 déc. 2000, *Rev. sc. crim.* 2001, 604.

FRICERO. N., obs. sous CEDH, 20 févr. 1996, *Vermeulen c/ Belgique, D.* 1997, somm. p. 208.

FRYDMAN. M., concl. sous CE, ass., 27 oct. 1995, *Ville d' Aix-en-Provence, RFD adm.* 1995, p. 1204.

GARE. T., note sous Cass. crim., 30 mars 1999, *D.* 2000, p. 391.

GARNON. R. et GARNON. A., note sous CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France, JCP G* 1993, II, 22073.

GAVALDA. C., note sous Cass. crim., 27 avr. 1994, *D.* 1994, 402.

GIRAULT. C., obs. sous Cass. crim., 18 janv. 2006, *D.* 2006, IR, p. 392.
- note sous Cass. crim., 22 nov. 2011, *D. Act.* 2011.

GUERY. CH., note sous Bastia, Ch. d'acc., 25 mai 1994, *JCP* 1995, I, 22393.
- note sous Cass. crim., 27 févr. 1996, *D.* 1996, p. 346.

HENNION- JACQUET. P., note sous Cass. crim., 14 oct. 2003, *D.* 2004, Jur. p. 1265.
- note sous Cass. crim., 12 janv. 2005, *D.* 2005, Jur. p. 1917.
- note sous CEDH, 31 mai 2005, *D.* 2005, p. 2575.

HUGUENEY., obs. sous Cass. crim., 27 déc. 1960, *Rev. sc. crim.* 1961, p. 345.

JEAN DIDIER. W., note sous Cass. crim., 30 mai 1980, *D.* 1981, Jur. p. 533.
- note sous Cass. crim., 15 mai 1990, *JCP* 1990, II, 21154.
- note sous Cass. crim., 4 sept. 1991, *JCP* 1992, II, 21802.
- note sous Cass. crim., 8 nov. 2000, *Gaz. Pal.* 2001, somm. p. 1369.

J. E. L., note sous Cass. ch. réunies. 31 janv. 1888, *S.* 1889, 241.

JUNOSZA-ZDROJEWSKI. M., note sous CEDH, 16 déc. 1992, *Niemetz c/ Allemagne, Gaz. Pal.* 24 juin 1993.

KOERING-JOULIN. R., obs. sous CEDH, 10 févr. 1995, *Allenet de Ribemont c/ France, Rev. sc. crim.* 1996, p. 485
- obs. sous CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni, Rev. sc. crim.* 1997, 478.
- obs. sous CEDH, 9 juin 1998, *Teixiera de Castro c/ Portugal, Rev. sc. crim.* 1999, 401.

LARGUIER. J., note sous Cass. crim., 16 mars 1961, *JCP* 1960, II, 12157.

LASSERRE CAPDEVILLE. J., note sous Cass. crim., 9 juil. 2008, *AJ Pén.* 2008, 424.
- note sous Cass. crim., 17 sept. 2008, *D.* 2008, Jur. p. 2904.

LASSERRE-HARPE. J., obs. sous CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c/France*, *AJ Pén.* 2004, p. 76.

LAVRIC. C., obs. sous Cass. crim., 13 févr. 2008, *AJ Pén.* 2008, 193.

LEBLOIS-HARPE. J., obs. sous Cass. crim., 27 févr. 2008, *AJ Pén.* 2008, 284.

LEGAL. A., note sous Trib. corr. Seine, 23 févr. 1949, *S.* 1950. 2. 149.
- note sous Cass. crim., 12 juin 1952, *S.* 1954, I, 69.

LEPAGE. A., note sous Cass. crim., 7 févr. 2007, *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2007.

LESCLOUS. V. et MARSAT. C., obs. sous Cass. crim., 12 mars 1997, *Dr. pén.* 1997, chron. n° 25.
- obs. sous Cass. crim., 11 mai 1993, *Dr. pén.* 1993, chron. n° 34.

MARON. A., obs. sous Cass. crim., 6 janv. 1992, *Dr. pén.* 1992, chron. n° 215, 2^e arrêt.
- note sous Cass. crim., 23 mars 1992, *Dr. pén.* 1992, n° 215.
- obs. sous Versailles, 2 févr. 1993, *Dr. pén.* 1993, n° 196.
- obs. sous Versailles. 12 nov. 1996, *Dr. pén.* 1998, comm. 12.
- obs. sous Cass. crim., 4 déc. 1997, *Dr. pén.* 1998, comm. n° 46.
- obs. sous Cass. crim. , 30 avril 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. n° 124.
- obs. sous Cass. crim., 15 févr. 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 6.

MASSIAS. F., obs. sous CEDH, 30 juill. 1998, *Valenzuela Contreras c/ Espagne*, *Rev. sc. crim.* 2002, p.455.
- obs. sous CEDH, 18 févr. 2003, *Prado Bugallo c/ Espagne*, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 455.

MASCALA. C., note sous Cass. crim., 15 juin 1993, *D.* 1994, 613.

MATSOPOULOU. H., note sous Cass. crim., 22 avril 1992, *D.* 1995, p. 59.

MAYER. D., note sous Cass. crim., 10 nov. 1992, *D.* 1993, 36.

MAYER. D. et CHASSAING. J.-F., note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, *D.* 2001, 1340.

MAYAUD. Y., obs. sous Cass. crim., 27 mai 2009, *Rev. sc. crim.* 2009, p. 595.

MONNET. Y., note sous Cass. crim., 1 oct. 2003, *Gaz. Pal. rec.* 2004, somm. p. 1378.
- note sous Cass. crim., 18 janv. 2006, *Gaz. Pal.* 2006, n° 220, p. 7.
- note sous Cass. crim., 31 janv. 2006, *Gaz. Pal.* 2006, n° 220, p.10.
- note sous Cass. crim., 1 mars 2006, *Gaz. Pal.* 2006, n° 299, p. 3.

MOREAU., note sous CE, 8 mars 1963, *Masetti*, *JCP* 1963, II, 13268.

PANNIER. J., note sous CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, *D.* 1993, J. 457.

PELTIER. V., note sous Cass. crim., 14 avr. 1999, *JCP* 2000, II, 10312.

PENNEAU. J., note sous Cass. crim., 20 sept. 1995, *D.* 1996, 296.

PETTITI. L.-E., obs. sous CEDH, 20 nov. 1989, *Kotovsky c/ Pays-Bas*, *Rev. sc. crim.* 1990, 149 et 388.

- obs. sous CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 143.

PRADEL. J., note sous Cass. crim., 9 oct. 1980, *D.* 1981, Jur. p. 332.

- obs. sous Cass. crim., 27 janv. 1987, *D.* 1987, somm. 408.

- obs. sous Paris, ch. acc. 10 févr 1989, *D.* 1990, 15.

- note sous CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, *D.* 1990, J. p. 353.

- obs. sous Cass. crim., 12 oct. 1993, *D.* 1994, somm. 186.

- obs. sous Cass. crim., 29 mars 1994, *D.* 1995, somm. 118.

- obs. sous Cass. crim., 2 oct. 1996, *D.* 1997, somm. p. 149.

- note sous Cass. crim., 16 déc. 1997, *D.* 1998, Jur. p. 354.

- obs. sous Cass. crim., 5 juin 1997, *D.* 1998, somm. p. 173.

- note sous Cass. crim., 1 avril 1998, *D.* 1998, Jur. p. 430.

- obs. sous Cass. crim., 5 mai 1999, *D.* 1999, IR, p. 192 ; *D.* 1999, somm. p. 325.

- note sous CEDH., 29 mars 2005, *D.* 2005, 1755.

- note sous Cass. crim., 1 mars 2006, *D.* 2006, Jur. 1504.

- note sous Cass. crim., 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 2836.

- note sous Cass. crim., 23 mars 2006, *D.* 2006, 3, p. 2836.

PUIGELIER. C., note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, *JCP* 2001, II, 10495.

RASSAT. M.-L., note sous Rouen, 17 janv. 1979, *JCP G* 1979, II, 19182.

- note sous Cass. crim., 6 avr. 1993, *JCP* 1993, éd. G, II, 22144.

REBUT. D., note sous Cass. crim., 19 janv. 1999, *JCP* 1999, éd. G, II, 10156.

RENUCCI. J.-F., obs. sous CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, *D.* 1993, somm. p. 383.

- obs. sous CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, *D.* 1997, somm. p. 207.

- obs. sous CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen*, *D.* 1997, somm. 359.

- obs. sous CEDH, 27 juil. 1998, *Lambert c/ France*, *D.* 1999, somm. p. 271.

- obs. sous CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c/ France*, *D.* 2004, somm. p. 988.

ROBERT. J.-H., note sous Cass. crim., 3 octobre 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. n° 50.

- obs. sous Cass. crim., 26 févr. 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. n° 101.

ROLLAND. P., obs. sous CEDH, 6 sept. 1978, *Klass c/ Allemagne*, *JDI* 1980, 463.

- obs. sous CEDH, 27 févr. 1980, Deweer c/ Belgique, *JDI* 1982, p. 197.
- ROETS. D., note sous CEDH, 20 déc. 2005, Wisse c/ France, *D.* 2006, Jur. 764.
- obs. sous CEDH, 2 sept. 2010, Uzun c/ Allemagne, *Rev. sc. crim.* 2011, p. 217.
- ROUJOU DE BOUBEE. G., note sous Cass. crim., 4 octobre 1984, *D.* 1985, 54.
- ROUJOU DE BOUBEE. G., GOZZI. M.-H., MIRABAIL. S. et SEGONDS. M., obs. sous Cass. crim., 13 oct. 2004, *D.* 2005, p. 1528.
- SANCHEZ. M., note sous Cass. crim., 1 oct. 2003, *D.* 2004, p. 1845.
- SAVATIER. R., Cass. crim., 18 mars 1955, *D.* 1955, p. 573.
- SUDRE. F., obs. sous CEDH, 25 sept. 1992, Pham Hoang c/ France, *JCP* 1993, I, 3654.
- obs. sous CEDH, 23. Avr. 1997, Van Mechelen c/ Pays-Bas, *JCP* 1998, I, 107.
- note sous CEDH. 28 juil. 1999, Selmouni c/ France, *JCP* 1999, éd. G, II, 10193.
- obs. sous CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, *JCP G* 1999, I, 105.
- obs. sous CEDH, 3 oct. 2000, Du Roy et Malaurie c/ France, *JCP* 2001, I, 291.
- obs. sous CEDH, 3 mai 2001, J.B c/ Suisse, *JCP* 2001, I, 342.
- obs. sous CEDH, 31 août 2005, Vetter c/ France, *JCP* 2005, I, 159.
- obs. sous CEDH, 24 nov. 2005, Tourancheau et July c/ France, *JCP* 2006, I, 109.
- obs. sous CEDH, 11 juil. 2006, Jalloh c/ Allemagne, *JCP* 2007, I, 106.
- obs. sous. CEDH, 21 déc. 2000, Heaney et Mc Guinness et Quin c/ Irlande, *JCP* 2001, I, 291.
- SUZANNE. M., note sous Cass. crim., 30 mai 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 221.
- SYR. J.-H., note sous Cass. crim., 8 nov. 1989, *JCP G*, 1990, II, 21580.
- TAVERNIER. P., note sous CEDH, 2 août 1984, Malone c/ Royaume-Uni, *JDI* 1986, 1064.
- VERGES. E., note sous Cass. crim., 11 mai 2006, *AJ Pén.* sept. 2006, p. 354.
- VOUIN. R., note sous Alger, 18 déc. 1949, *D.* 1949, P. 382.

JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel

- Cons. const. 13 janv. 1977, n° 76-75 DC.
- Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC.
- Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC.
- Cons. const. 30 déc. 1987, n° 87-237 DC.
- Cons. const. 8 juil. 1989, n° 89-258 DC.
- Cons. const. 5 août 1993, n° 93-323 DC.

Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC.
Cons. const. 2 févr. 1995, n° 95-360 DC.
Cons. const. 16 juil. 1996, n° 96-377 DC.
Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC.
Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.
Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.
Cons. const. 22 juil. 2005, n° 2005-520 DC.
Cons. const. 23 août 2011, QPC n° 2011/191/194/195/196/197 DC.
Cons. const. 18 nov. 2011, QPC n° 2011-191/194/195/196/197 DC.
Cons. const. 18 juin 2012, QPC n° 2012-257 DC.

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

CEDH, 6 sept. 1978, *Klass c/ Allemagne*, Série A, n° 82.
CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 30.
CEDH, 9 oct. 1979, *Airey*, Série A, n° 32.
CEDH, 10 mars 1980, *Luedicke, Belkacem et Koc c/ Allemagne*, Série A, n° 32.
CEDH, 13 mai 1980, *Artico c/ Italie*, Série A, n° 37.
CEDH, 25 mars 1983, *Minelli c/ Suisse*, Série A n° 62, p. 18.
CEDH, 25 mars 1983, *Silver c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 61.
CEDH, 13 oct. 1983, *G c/ Royaume- Uni*, *DR 35*, p. 85.
CEDH, 9 avr. 1984, *Goddi*, Série A, n° 76.
CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 82.
CEDH, 6 mai 1985, *Bosnich c/ Autriche*, Série A, n° 92.
CEDH, 24 nov. 1986, *Gillow c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 109.
CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c/ Suisse*, Série A, n° 140, p. 29.
CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, Série A, n° 141-A.
CEDH, 6 déc. 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo*, Série A, n° 146, p. 33.
CEDH, 30 mars 1989, *Chappell c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 152-A.
CEDH, 7 juil. 1989, *Bricmont c/ Belgique*, Série A, n° 158.
CEDH, 20 nov. 1989, *Kotovski c/ Pays-Bas*, Série A, n° 166.
CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, Série A, n° 168.
CEDH, 19 déc. 1989, *Brozicek c/ Italie*, Série A, n° 167.

CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c/ France*, Série A, n° 176-A.
CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c/ France*, Série A, n° 191.
CEDH, 25 févr. 1992, *Anderson c/ Suède*, Série A, n° 226.
CEDH, 15 juin 1992, *Ludi c/ Suisse*, Série A, n° 238.
CEDH, 28 août 1992, *Artner c/ Autriche*, série A, n° 242-A.
CEDH, 20 sept. 1993, *Saidi c/ France*, série A, n° 261 C.
CEDH, 10 févr. 1995, *Allenet de Ribemont c/ France*, Série A, n° 308.
CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, Rec., 1996, II, 483.
CEDH, 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni*, Rec. CEDH, p. V 2000.
CEDH, 27 févr. 2001, *Luca c/ Italie*, Série A, n° 43.
CEDH, 5 nov. 2002, *Allan c/ Royaume-Uni*, n° 48539/99.
CEDH, 17 juil. 2003, *Perry c/ Royaume-Uni*, Rec. vol. IX.
CEDH, 7 sept. 2004, *Eurofinacom c/ France*, n° 58753/00.
CEDH, 31 août 2005, *Vetter c/ France*, n° 59842/00.
CEDH, 16 oct. 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/Autriche*, n° 74336/01.
CEDH, 24 juil. 2008, *André et a. c/ France*, n° 18603/03.
CEDH, 4 déc. 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et n° 30566/04.
CEDH, 17 déc. 2009, *Bouchacourt c/ France*, n° 5335/06.
CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev c/ France*, n° 3394/03.
CEDH, 22 avr. 2010, *Chesne c/ France*, *D.* 2010, p. 1215.
CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466/07.
CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06.
CEDH, 5 juil. 2012, *Chambaz c/ Suisse*, n° 11663/04.
CEDH, 27 juin 2013, *Vassis c/ France*, n° 62736/09.

Conseil d'état

CE, 18 nov. 1988, *Raszewski*, *JCP* 1989, II, 21211.
CE, Ass. 26 nov. 2002, *Moon Sun Myung*, n° 194295-219587.
CE, 6^{ème} et 4^{ème} sous-section réunies, 3 déc. 2003, n° 244094.
CE, 10 avr. 2008, *D.* 2008, *Jur.* p. 2322.

Tribunal des conflits

Trib. confl. 7 juin 1951, Noualek, Rec. p. 636, S. 1952, III, 20.

Trib. confl. 16 janv. 1968, Tayeb, *D.* 1968, 417 ; 15 déc. 1977, Rec. p. 671.

Trib. confl. 12 juin 1978, Rec. p. 649.

Trib. confl. 9 juin 1986, Seltier, *Dr. adm.* n° 518.

La Cour de cassation

Chambre civile

Cass. civ., 13 oct. 1960, Bull. civ. II, n° 571.

Cass. civ., 16 mars 1972, Bull. civ. II, n° 82.

Cass. civ., 10 juin 1986, *JCP* 1986, II, 20683.

Cass. civ. 2^e, 19 févr. 2004, Bull. civ. II, n° 70.

Cass. civ., 10 oct. 2012, n° 11-30.131.

Chambre criminelle

Cass. crim., 19 août 1841, Bull. crim., n° 252.

Cass. crim., 21 août 1879, Bull. crim., n° 162.

Cass. crim., 6 juil. 1894, Bull. crim., n° 180.

Cass. crim., 1 mai 1903, Bull. crim., n° 165.

Cass. crim., 30 août 1906, *DP* 1907, I, 417.

Cass. crim., 25 juin 1909, Bull. crim., n° 324.

Cass. crim., 31 janv. 1914, S. 1916, I, 59.

Cass. crim., 15 mai 1915, Bull. crim., n° 100.

Cass. crim., 28 oct. 1915, Bull. crim., n° 207.

Cass. crim., 7 juil. 1916, Bull. crim., n° 154.

Cass. crim., 4 avr. 1924, *DP* 1925, I, 10.

Cass. crim., 17 mai 1939, Bull. crim., n° 115.

Cass. crim., 12 avr. 1951, Bull. crim., n° 103.

Cass. crim., 21 févr. 1952, Bull. crim., n° 50.

Cass. crim., 12 juin 1952, Bull. crim., n° 153.
Cass. crim., 19 mars 1956, Bull. crim., n° 276.
Cass. crim., 15 janv. 1957, Bull. crim., n° 48.
Cass. crim., 24 janv. 1957, Bull. crim., n° 86.
Cass. crim., 21 mai 1957, Bull. crim., n° 434.
Cass. crim., 19 juin 1957, Bull. crim., n° 242.
Cass. crim., 12 mars 1958, Bull. crim., n° 253.
Cass. crim., 18 mars 1958, Bull. crim., n° 263.
Cass. crim., 5 févr. 1959, Bull. crim., n° 89.
Cass. crim., 26 févr. 1959, Bull. crim., n° 139.
Cass. crim., 24 mars 1960, Bull. crim., n° 169.
Cass. crim., 22 juin 1960, Bull. crim., n° 339.
Cass. crim., 27 déc. 1960, Bull. crim., n° 624.
Cass. crim., 2 mars 1961, Bull. crim., n° 137.
Cass. crim., 5 oct. 1961, Bull. crim., n° 381.
Cass. crim., 30 oct. 1962, Bull. crim., n° 300.
Cass. crim., 23 juin 1964, Bull. crim., n° 208.
Cass. crim., 4 mai 1965, Bull. crim., n° 128.
Cass. crim., 17 oct. 1967, Bull. crim., n° 256.
Cass. crim., 27 avr. 1968, Bull. crim., n° 124.
Cass. crim., 2 mars 1971, Bull. crim., n° 71,
Cass. crim., 4 juin 1971, Bull. crim., n° 178.
Cass. crim., 23 nov. 1971, Bull. crim., n° 318.
Cass. crim., 16 mars 1972, Bull. crim., n° 108.
Cass. crim., 20 juin 1972, Bull. crim., n° 210.
Cass. crim., 5 août 1972, Bull. crim., n° 263.
Cass. crim., 17 oct. 1972, Bull. crim., n° 290.
Cass. crim., 9 nov. 1972, Bull. crim., n° 335.
Cass. crim., 13 mars 1973, Bull. crim., n° 123.
Cass. crim., 15 juin 1973, Bull. crim., n° 268.
Cass. crim., 15 juin 1973, Bull. crim., n° 326.
Cass. crim., 17 juil. 1973, Bull. crim., n° 332.
Cass. crim., 4 janv. 1974, Bull. crim., n° 2.

Cass. crim., 16 janv. 1974, Bull. crim., n° 25.
Cass. crim., 20 mars 1974, Bull. crim., n° 123.
Cass. crim., 5 juin 1975, Bull. crim., n° 146.
Cass. crim., 20 janv. 1976, Bull. crim., n° 23.
Cass. crim., 24 mai 1976, Bull. crim., n° 175.
Cass. crim., 22 juin 1976, Bull. crim., n° 229.
Cass. crim., 16 nov. 1976, Bull. crim., n° 327.
Cass. crim., 20 nov. 1976, Bull. crim., n° 425.
Cass. crim., 29 mars 1977, Bull. crim., n° 116.
Cass. crim., 2 oct. 1979, Bull. crim., n° 266.
Cass. crim., 8 nov. 1979, Bull. crim., n° 311.
Cass. crim., 30 mai 1980, Bull. crim., n° 165.
Cass. crim. 9 oct. 1980, Bull. crim., n° 255.
Cass. crim., 11 mai 1982, Bull. crim., n° 119.
Cass. crim., 21 juil. 1982, Bull. crim., n° 196.
Cass. crim., 13 oct. 1982, Bull. crim., n° 281.
Cass. crim., 16 févr. 1984, pourvoi n° 81-92.207.
Cass. crim., 4 oct. 1984, Bull. crim., n° 28.
Cass. crim., 20 nov. 1984, Bull. crim., n° 355.
Cass. crim., 3 janv. 1985, pourvoi n° 84-90.395.
Cass. crim., 26 mars 1985, pourvoi n° 84-91.335.
Cass. crim., 11 juin 1985, Bull. crim., n° 227.
Cass. crim., 23 juil. 1985, Bull. crim., n° 275.
Cass. crim., 19 nov. 1985, pourvoi n° 84-93.
Cass. crim., 10 févr. 1986, pourvoi n° 85-90.643.
Cass. crim., 27 janv. 1987, Bull. crim., n° 41.
Cass. crim., 28 avr. 1987, Bull. crim., 1987, n° 173.
Cass. crim., 24 juin 1987, Bull. crim., n° 267.
Cass. crim., 15 sept. 1987, Bull. crim., n° 311.
Cass. crim., 6 oct. 1987, Bull. crim., p. 901.
Cass. crim., 2 févr. 1988, Bull. crim., n° 52.
Cass. crim., 15 mars 1988, Bull. crim., n° 128.
Cass. crim., 12 janv. 1989, Bull. crim., n° 13.

Cass. crim., 25 janv. 1989, pourvoi n° 89-94.491.
Cass. crim., 30 janv. 1989, Bull. crim., n° 33.
Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., p. 298.
Cass. crim., 13 mars 1989, Bull. crim., n° 120.
Cass. crim., 30 mars 1989, pourvoi n° 88-87.445.
Cass. crim., 18 avr. 1989, Juris-Data n° 002378.
Cass. crim., 13 juin 1989, Bull. crim., n° 254.
Cass. crim., 8 nov. 1989, Bull. crim., n° 406.
Cass. crim., 18 déc. 1989, Bull. crim., n° 485.
Cass. crim., 9 janv. 1990, Bull. crim., n° 16.
Cass. crim., 15 mars 1990, Bull. crim., n° 117.
Cass. crim., 15 mai 1990, Bull. crim., n° 193.
Cass. crim., 17 juil. 1990, Bull. crim., n° 286.
Cass. crim., 26 sept. 1990, Bull. crim., n° 321.
Cass. crim., 6 nov. 1990, Bull. crim., n° 369.
Cass. crim., 26 nov. 1990, Bull. crim., n° 401.
Cass. crim., 3 janv. 1991, Bull. crim., n° 3.
Cass. crim., 26 févr. 1991, Bull. crim., n° 97.
Cass. crim., 3 juin 1991, Juris-Data n° 003614.
Cass. crim., 4 sept. 1991, Bull. crim., n° 312.
Cass. crim., 23 oct. 1991, Bull. crim., n° 371.
Cass. crim., 6 nov. 1991, Bull. crim., n° 397.
Cass. crim., 26 nov. 1991, Bull. crim., n° 438.
Cass. crim., 9 déc. 1991, Bull. crim., n° 465.
Cass. crim., 9 janv. 1992, Bull. crim., n° 6.
Cass. crim., 14 janv. 1992, Bull. crim., n° 13.
Cass. crim., 28 janv. 1992, Bull. crim., n° 34.
Cass. crim., 3 févr. 1992, Bull. crim., n° 47.
Cass. crim., 10 févr. 1992, Bull. crim., n° 62.
Cass. crim., 11 févr. 1992, Bull. crim., n° 66.
Cass. crim., 10 mars 1992, Bull. crim., n° 105.
Cass. crim., 11 mars 1992, Bull. crim., n° 110.
Cass. crim., 12 mars 1992, Bull. crim., n° 112.

Cass. crim., 17 mars 1992, n° 91-86.808.
Cass. crim., 23 mars 1992, Bull. crim., n° 123.
Cass. crim., 22 avr. 1992, Bull. crim., n° 169.
Cass. crim., 12 mai 1992, Bull. crim., n° 187.
Cass. crim., 20 mai 1992, Bull. crim., n° 201.
Cass. crim., 11 juin 1992, Bull. crim., n° 231.
Cass. crim., 10 nov. 1992, Bull. crim., n° 370.
Cass. crim., 4 janv. 1993, Bull. crim., n° 3.
Cass. crim., 20 janv. 1993, Bull. crim., n° 29.
Cass. crim., 9 févr. 1993, Bull. crim., n° 66.
Cass. crim., 16 mars 1993, Bull. crim., n° 115.
Cass. crim., 27 sept. 1993, Bull. crim., n° 23.
Cass. crim., 12 oct. 1993, Bull. crim., n° 287.
Cass. crim., 1 févr. 1994, Bull. crim., n° 44.
Cass. crim., 29 mars 1994, Bull. crim., n° 118.
Cass. crim., 6 avr. 1994, Bull. crim., n° 136.
Cass. crim., 27 avr. 1994, Bull. crim., n° 152.
Cass. crim., 17 mai 1994, Bull. crim., n° 186.
Cass. crim., 31 mai 1994, Bull. crim., n° 213.
Cass. crim., 23 août 1994, Bull. crim., n° 291.
Cass. crim., 17 oct. 1994, Bull. crim., n° 333.
Cass. crim., 23 mai 1995, Bull. crim., n° 193.
Cass. crim., 26 juin 1995, Bull. crim., n° 235.
Cass. crim., 20 sept. 1995, Bull. crim., n° 276.
Cass. crim., 26 sept. 1995, Bull. crim., n° 283.
Cass. crim., 17 oct. 1995, Bull. crim., n° 309.
Cass. crim., 27 févr. 1996, Bull. crim., n° 93.
Cass. crim., 7 mai 1996, Bull. crim., n° 189.
Cass. crim., 2 oct. 1996, Bull. crim., n° 343.
Cass. crim., 3 oct. 1996, Bull. crim., n° 345.
Cass. crim., 19 déc. 1996, Bull. crim., n° 481.
Cass. crim., 15 janv. 1997, Bull. crim., n° 14
Cass. crim., 12 févr. 1997, Bull. crim., n° 59.

Cass. crim., 12 mars 1997, Bull. crim., n° 100.
Cass. crim., 2 avr. 1997, Bull. crim., n° 131.
Cass. crim., 5 juin 1997, Bull. crim., n° 229.
Cass. crim., 13 nov. 1997, Bull. crim., n° 386.
Cass. crim., 4 déc. 1997, Bull. crim., n° 417.
Cass. crim. 16 déc. 1997, Bull. crim., n° 427.
Cass. crim., 8 déc. 1998, Bull. crim., n° 334.
Cass. crim., 1 avr. 1998, Bull. crim., n° 124.
Cass. crim., 30 avr. 1998, Bull. crim., n° 147.
Cass. crim., 19 janv. 1999, Bull. crim., n° 9.
Cass. crim., 9 avr. 1999, Bull. crim., n° 155.
Cass. crim., 5 mai 1999, Bull. crim., n° 87.
Cass. crim., 11 mai 1999, Bull. crim., n° 91.
Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n° 176.
Cass. crim., 6 oct. 1999, Bull. crim., n° 35.
Cass. crim., 23 nov. 1999, Bull. crim., n° 269.
Cass. crim., 15 févr. 2000, Bull. crim., n° 68.
Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 190.
Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim., n° 317.
Cass. crim., 8 nov. 2000, Bull. crim., n° 335.
Cass. crim., 15 nov. 2000, Juris-Data n° 2000-007743.
Cass. crim., 5 déc. 2000, Bull. crim., n° 362.
Cass. crim., 12 déc. 2000, Bull. crim., n° 362.
Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674.
Cass. crim., 14 nov. 2001, Bull. crim., n° 238.
Cass. crim., 28 nov. 2001, Bull. crim., n° 248.
Cass. crim., 5 févr. 2002, Bull. crim., n° 19.
Cass. crim., 19 mars 2002, Bull. crim., n° 63.
Cass. crim., 4 avr. 2002, Bull. crim., n° 80.
Cass. crim., 11 avr. 2002, Bull. crim., n° 87.
Cass. crim., 29 mai 2002, Bull. crim., n° 121.
Cass. crim., 17 déc. 2002, Bull. crim., n° 231.
Cass. crim., 14 janv. 2003, Bull. crim., n° 16.

Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n° 10.
Cass. crim., 11 mars 2003, Bull. crim., n° 65.
Cass. crim., 9 juil 2003, n° 03-82.119.
Cass. crim., 6 août 2003, Bull. crim., n° 145.
Cass. crim., 16 sept. 2003, Bull. crim., n° 160.
Cass. crim., 1 oct. 2003, Bull. crim., n° 177.
Cass. crim., 14 oct. 2003, Bull. crim., n° 23.
Cass. crim., 14 oct. 2003, Bull. crim., n° 187.
Cass. com., 10 déc. 2003, RJDA 2004, n° 461.
Cass. crim., 21 janv. 2004, Bull. crim., n° 119.
Cass. crim., 15 févr. 2004, Bull. crim., n° 68.
Cass. crim., 14 sept. 2004, Bull. crim., n° 206.
Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n° 243.
Cass. crim., 4 janv. 2005, Bull. crim., n° 3.
Cass. crim., 12 janv. 2005, Bull. crim., n° 15.
Cass. crim., 26 janv. 2005, n° 04-83972.
Cass. crim., 8 juin 2005, Bull. crim., n° 175.
Cass. crim., 1 sept. 2005, Bull. crim., n° 211.
Cass. crim., 14 sept. 2005, Bull. crim., n° 226.
Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim., n° 327.
Cass. crim., 18 janv. 2006, Bull. crim., n° 22.
Crim., 18 janv. 2006, pourvoi n° 05-86.447.
Cass. crim., 18 janv. 2006, pourvoi n° 05-86.445.
Cass. crim., 31 janv. 2006, pourvois n° 05-80.640 et 01-87.084.
Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., p. 482.
Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., n° 132.
Cass. crim., 21 juin 2006, Bull. crim., n° 193.
Cass. crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83.219.
Cass. crim., 23 mai 2006, Bull. crim., n° 139.
Cass. crim., 6 sept. 2006, n° 05-86. 760.
Cass. crim., 30 oct. 2006, n° 06-86175.
Cass. crim., 13 déc. 2006, Bull. crim., n° 313.
Cass. crim., 7 févr. 2007, Bull. crim., n° 37.

Cass. crim., 21 mars 2007, Bull. crim., n° 89.
Cass. crim., 29 mars 2007, n° 06-84445.
Cass. crim., 3 avr. 2007, Bull. crim., n° 102.
Cass. crim., 4 avr. 2007, n° 07-80253.
Cass. crim., 16 mai 2007, Bull. crim., n° 130.
Cass. crim., 26 juin 2007, Bull. crim., n° 172.
Cass. crim., 8 août 2007, Bull. crim., n° 188.
Cass. crim., 16 janv. 2008, Bull. crim., n° 14.
Cass. crim., 13 févr. 2008, Bull. crim., n° 40.
Cass. crim., 27 févr. 2008, Bull. crim., n° 53.
Cass. crim., 4 juin 2008, n° 08-81045.
Cass. crim., 9 juil. 2008, Bull. crim., n° 170.
Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-85587.
Cass. crim., 27 mai 2009, Bull. crim., n° 108.
Cass. crim., 16 mai 2010, Bull. crim., n° 10.
Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82. 902 et n° 10-85.051.
Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-83.204.
Cass. crim., 22 nov. 2011, n° 11-84.308.
Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n° 248.
Cass. crim., 25 janv. 2012, n° 11-90117.
Cass. crim., 15 févr. 2012, n° 11-84607.

Cour d'appel

Rennes, 10 nov. 1948, *D.* 1949, 76.
Aix-en-Provence, 8 mars 1961, *Rev. Sûreté nationale*, mars-mai 1961, p. 48.
Pau, 31 mars 2011, n° 10/00438.

Tribunaux Correctionnels

Trib. corr. Seine, 21 mai 1941, *Gaz. Pal.* 1941, II, 68.
Trib. corr. Grenoble, 28 janv. 1942, *JCP* 1943, II.
Trib. corr. Toulouse, 13 mars 1942, *JCP* 1942, II, 1835.

Trib. corr. Bordeaux, 3 mars 1944, *Gaz. Pal.* 1944, 2, 164.

Trib. corr. Seine, 13 févr. 1957, *JCP* 1957, II, 10069.

Trib. corr. Seine, 30 sept. 1964, *D.* 1965, J, 423.

Trib. corr. Seine, 30 oct. 1964, *D.* 1965, 433.

Trib. corr. Paris, 25 oct. 2002, *JCP E* 2003, p. 1152.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus, 220, **224**, 364

Accès au dossier, 254

Accessibilité, 265

Activité délictueuse

- existence, 184, **442 et s.**, 477
- présomption, 446 et s.

Acteur

- privé, 40, 42, **330 et s.**, 460
- public, 41, **289 et s.**

Administration

- de la preuve, 41
- douanière, 297
- fiscale, **294**, 354

Affaire sensible, 838 et s.

Agent

- assermenté, 289 et s, **320 et s.**
- habilité, 298.
- infiltré, 183, **422 et s.**
- provocateur, 460 et s.
- service fiscal, 21

Aménagement de la peine, V. Peine

Apparence, V. Indice apparent

Audition, 85, 93, **257 et s.**, 399, 406, 607, 716

Autorité

- concurrence, 291 et s.
- marché financier, 293

Autorisation judiciaire

- contrôle d'identité, **213**, 597
- écoutes téléphoniques, **214**, 476
- enquête préliminaire, 477

- garde à vue, 603 et s.
- infiltration, **207 et s.**, 240, 466
- perquisition, **210**, 240, 466
- sonorisation, 215, 499, 501, **588**
- visite de véhicules, **212**, 601

Aveu, **28**, 30, 65, 105, 106, **108 et s.**

Avocat, 88, 176, **342 et s.**, **516**, **561 et s.**, 607

B

Besoin social impérieux, 267 et s.

Bonne administration de la justice, 175

C

Célérité de la procédure, 67, 354, 667, **779**

Charge de la preuve, **46 et s.**, 51, 104

Circonstances

- aggravantes, 232
- atténuantes, 440

Collaboration, 353, 460 et s.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 106

Commission nationale de l'informatique et des libertés, 324, **590 et s.**, 692, 699

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 65, **112**

Complexité d'une affaire, 749

Composition pénale, 66, **112**

Conduite

- sous l'empire de l'état alcoolique, 600, **623 et s.**, **654 et s.**
- sous l'influence de stupéfiants, 626 et s.

Confidentialité

- de la déclaration, **335**, 344.
- de l'identité, **399 et s.**, 406, 424, 427, 456 et s.

Correction, 695 et s.

Consentement, 34, 50, 451, **521 et s.**, **535**, **641 et s.**

Consultation, 700 et s.

Contradictoire, V. **Principe de contradictoire**

Contrainte,

- directe, 371 et s., **664 et s.**,
- indirecte, 654 et s.

Contrôle de la régularité de la procédure, 209, 551, 558

Contrôle d'identité

- police administrative, 598
- police judiciaire, 596 et s.

Conviction, V. Intime conviction

Convocation, 369 et s.

Coût de l'enquête, 805 et s.

Criminalité organisée, 418, 495, 536, 605, 606, 708, 798 et s., 812

D

Décision de gel de biens ou d'éléments de preuve, 682 et s.

Déclaration de soupçon, 43, 330 et s.,

Défenseur des droits, 296 et s.

Délit d'obstacle, 314 et s.

Déloyauté, 157 et s., 164, 176, 185

Dénonciation

- anonyme, 388 et s.
- nominative, 383 et s.
- systématique, 337

Dépistage

- alcoolémie, **626**, 655
- stupéfiants, **626**, 662

Déposition, 374 et s.

Détecteur de mensonge, 124 et s.

Détection de maladies sexuellement transmissibles, 628 et s.

Détournement de procédure, 224 et s., 232, 238, 599

Disparition

- preuve, 816 et s.
- témoin, 81 et s.

Dissimulation de l'identité

- agent infiltré, 455, **468, 475**

- indicateur, 424 et s.
- provocateur, 456
- repent, 427 et s.
- témoin, **399**, 406

Domicile

- perquisition, 507 et s.
- visite, 302 et s.

Double incrimination, 780 et s.

Droit

- à un avocat, 102, 169, **176**, **607**
- à un interprète, 255
- d'accès, 690 et s.
- communication, **310**, 322, 553
- d'être informé des raisons de son arrestation, 174, **253 et s.**
- d'interroger les témoins, 175, **256 et s.**, 409, 471
- de ne pas s'auto incriminer, **33**, 50, 58, **131 et s.**, 313 et s., 623 et s., 666 et s.
- d'opposition, 350, **518**, **687**
- de se taire, 49, 58, **91 et s.**, 126, 378, 667
- de visite, 301 et s.

Droits de la défense, **404 et s.**, 421, **471 et s.**, **518 et s.**, 560

Durée

- écoutes, 559
- enquête, **709**, 712, 728, **761**, 800
- fichage, 698
- garde à vue, 604 et s.
- infiltration, 558
- perquisition, 528
- sonorisation, 587

E

Ecoutes

- avocat, 561 et s.
- enquête, 550
- incidente, 566 et s.

- information judiciaire, 546 et s.
- journaliste, 564
- téléphonique, 223, 274, 472 et s., **541 et s.**

Echange d'informations

- interne, 355 et s.
- international, 356

Egalité des armes, 408 et s.

Empreinte

- digitale, 31 et s., 616, **618 et s.**, 645 et s.
- génétique, 31 et s., **617 et s.**, 644 et s.

Enquête

- flagrante, 12, 37, 180, 194, 201, 210, **383 et s.**, 451, 512, 521
- incidente, 219 et s., 536, 566, 599
- préliminaire, **12, 37, 209 et s.**, 352, 451, **522 et s.**
- proactive, 180.
- unique, 210, 395

Enregistrements

- de conversations, 565, 583
- des données, 589, 678 et s.

Equipes communes d'enquête, 742 et s., 754 et s., 761 et s.

Equité procédurale, 174, 243 et s.

Etat de nécessité, 452

Ethique

- judiciaire, 145
- policière, 148 et s.

Eurojust, 741, 745, 762

Europol, 741, 745

F

Fichiers, 678 et s.

Filature, 571, 803

Fixation d'images, 572, 576 et s.

Fraude fiscale, 334, 354

G

Garde à vue, 92, 604 et s.

Gel de biens ou d'éléments de preuve, 766 et s.

Géolocalisation, 277, **575**

Groupe d'intervention régional, 8, **735 et s.**, 749 et s., 758 et s.

H

Habilitation, **15 et s.**, 469, 476

Hypnose, 117 et s.

I

Immunité, 790

Incitation à la commission de l'infraction, 181 et s.

Incrimination du refus, 654 et s.

Indicateur, **412 et s.**, 444

Indice apparent, **384 et s.**, 394 et s.

Infiltration, 208, **463 et s.**

Infraction

- clandestine, 451 et s.
- complexe, 497 et s., 525
- économique et financière, 798 et s.
- grave, 271, **494 et s.**, 522, 531, 605, 608, 830 et s.
- habituelle, 453
- simple, 800

Inspection du travail, 295.

Intérêt à agir, 556 et s.

Interception de correspondances émises par la voie des télécommunications, V. **Ecoutes**

Intime conviction, **30**, 49, 634

Inviolabilité :

- du corps humain, 32, 647
- du domicile, 507

Irrecevabilité, 234, 782

J

Judiciarité de la procédure, 236

L

Légalité, V. Principe de légalité

Liberté :

- preuve, **39 et s.**, 161, 167
- expression, 248

Livraison :

- contrôlée, 180, **203 et s.**
- surveillée, 181, **195**

Loyauté de la preuve, 15, 139 et s.

M

Mandat européen d'obtention de preuves, 773 et s.

Manifestation de la vérité, 37, 59 et s.

Mensonge, 125 et s, 375, 667

Mesure d'investigation secrète, 269 et s.

Mule, 625

Mutilation de souvenir, 822

N

Narco-analyse, 122 et s.

Narco-diagnostic, 124

Non bis in idem, 760, 789

Normalisation de l'exception

- explicite, 706 et s.
- implicite, 712

Nullité, 233 et s.

O

Obligation

- comparaître, 368 et s.
- informer, 176, **199 et s.**, 553 et s., 567

Obstruction aux fonctions, 285, 287

Office central, 9, 732 et s.

Opposition, 686 et s.

Oubli

- preuve, 817 et s.

- témoin, 35, 821 et s.

P

Passivité, 194, 461

Peine

- exemption, **418**, 431
- quantum, **493 et s.**, 523, 780, 832
- réduction, **418**, 431

Penthotal, V. Narco-analyse

Perquisition

- avocat, 516 et s.
- autorisation, 709
- banquier, 512
- domicile, 507 et s.
- journaliste, 519 et s.
- médecin, 514 et s.
- nocturne, 530 et s.

Personne qualifiée, 364 et s.

Perte de souvenir, 823

Police

- de marchés, 265 et s.
- judiciaire, **12 et s.**, 33 et s.
- administrative, **11**, 522 et s.
- scientifique, 6, **31**, 631, **633**

Polygraphe, V. Détecteur de mensonge

Politique pénale, 171, 207

Pratique

- anticoncurrentielle, 291
- mouton, 89 et s.

Préexistence de l'activité délictueuse, 184, 442 et s.

Prélèvement

- empreintes digitales, 616
- empreintes génétiques, 617 et s.
- culpabilité, **52 et s.**, 249 et s.

- innocence, **44 et s.**, 245 et s.
- intention délictueuse, 447 et s.
- forcé, 664 et s.

Présomption

Pression, 85 et s., 258

Prestation de serment, 126, 366, 376

Preuve

- définition, 24
- dépérissement, 816 et s.
- légale, **27**, 42
- négative, 61
- positive, 44, 60
- production, 40 et s.
- recueil, 12 et s, **39 et s.**, 180, 268
- scientifique, **31 et s.**, 36, 50, 54, 250, **615 et s.**
- prévisibilité, **266**, 273, 277

Principe

- contradictoire, 64, 160, **256 et s.**, 405 et s., 470
- dignité humaine, 80 et s.
- égalité, 42
- légalité, 38, **41 et s.**, 73 et s., **263 et s.**, **543**, 577
- loyauté, **41 et s.**, **139 et s.**, 185 et s., 672
- preuve légale, 27 et s.
- preuve morale, 20
- proportionnalité, 101, 271, 360, 451, **493 et s.**, 517, 523, 529, **548 et s.**, 564, 597, 598 et s., 624, 743
- spécialité, 286

Privatisation

- dans la recherche de la preuve, **43**, 285
- du procès pénal, 285

Procédure

- simplifiée, 65 et s.
- dérogatoire, 232, **632 et s.**

- incidente, **219 et s.**, 599

Procès équitable, V. Equité procédurale

Procès-verbal, 17, 24, **68 et s.**, 176, 185, 290, 323, 503, 505, 591

Proportionnalité, V. Principe de proportionnalité

Protection des sources, 360, 564

Provocation

- à l'infraction, 147, **181 et s.**, **440 et s.**, 457 et s., **466**, 472
- à la preuve, **185**, 385, **440 et s.**, 459 et s., **466**, 475
- définition, 437

Q

Qualification pénale, 230, 351

Qualité pour agir, 556, 578

R

Racolage

- actif, 458
- passif, 459

Recueil de données, 670

Reconnaissance de culpabilité, 65

Rectification, 553 et s.

Règles dérogatoires

- extension, 708, 713 et s.
- généralisation, 706, 709 et s., 716

Rémunération

- directe, 433 et s.
- indirecte, 435

Renversement de la charge de la preuve, 61, 229 et s.

Repenti, 418 et s.

Réquisition, 357 et s.

Ressource

- humaine, 806
- financière, 807

Rôle

- actif, 204 et s.

- passif, 194 et s.

Ruse, 141 et s., 451, 454

S

Saisie, 517 et s., 671

Saisie incidente, 222, 534 et s., 590

Secret

- de correspondance, 479
- de l'enquête, **513**, 837
- professionnel, **338 et s.**, 379, 459 et s., **512 et s.**

Service national de la douane judiciaire, 20

Sonorisation, 216, 228, 276, 576 et s.

Soupçon, 335, 350, 395, 448, 620

Stratagème, 141 et s., 158, 164

Surveillance, 196 et s., 574

T

Témoin

- à charge, 257
- à décharge, 236
- anonyme, 259, **398 et s.**
- disparition, 824 et s.
- oublié, 822 et s.

Traitement

- dégradant, **101**
- du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins, 348 et s.
- inhumain, **101**, 131
- médiatique, 248, **836 et s.**

Transaction, 66 et s.

Transmission directe, 779

Torture, 28 et s., 43, 46, 101 et s., 106 et s.

V

Vérité

- absolue, 62
- négociée, 66 et s.

- relative, 63 et s.

Vidéo protection, 572

Violence

- morale, 87 et s.
- physique, 101 et s.

Visite

- du domicile, 507
- de véhicules, 210, **601 et s.**, 706, 711

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	6
§1. La police judiciaire : histoire, formation et composition	6
A. Historique	6
B. Formation et composition.....	9
C. Lien avec les magistrats	16
§2. La preuve : évolution du droit de la preuve	19
A. Evolution historique des modes de preuve.....	19
B. La légalité et la loyauté	24
C. Charge de la preuve.....	29
D. Vérité et conviction	36
PREMIERE PARTIE LA RELATIVITE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE PAR LA POLICE JUDICIAIRE	44
TITRE I LE DOUBLE IMPERATIF DE LA NECESSITE PROBATOIRE ET DU RESPECT DES DROITS DE LA PERSONNE	47
CHAPITRE I : LA RELATIVITE DES GARANTIES DE LA LEGALITE	48
SECTION I : LA PRISE EN CONSIDERATION RELATIVE DE LA DIGNITE HUMAINE	49
§1. Le respect de l'intégrité physique et morale	50
A. Le refus de la pression morale.....	50
1. La nature de la pression morale.....	51
a. La pression morale directe	51
b. Le stratagème « mouton »	54
2. La protection paradoxale du droit au silence	55
B. L'interdiction de la violence physique	59
1. L'exclusion de la violence policière.....	59
2. La centralité de l'aveu comme facteur aggravant de l'erreur judiciaire.....	65
§2. L'interdiction de l'investigation corporelle.....	69
A. Le viol de l'inconscient	69
1. L'immixtion dans le for intérieur	70
a. L'hypnose	70
b. La narco-analyse.....	72
c. Le détecteur de mensonge.....	74
2. Le retour dans le passé	77
B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer	78
1. Le refus de donner des preuves contre soi-même par son corps	78
2. L'évolution du droit de ne pas s'incriminer soi-même	80
SECTION II : LA PRISE EN CONSIDERATION RELATIVE DE LA LOYAUTE	84
§1. L'imprécision du champ d'application du principe	85
A. La transparence dans le recueil de la preuve.....	85
B. Les limites de la loyauté dans l'obtention de la preuve	93

1.	L'indifférence de la déloyauté de la preuve apportée par la partie lésée	94
2.	Extension sous conditions de la liberté de la preuve à la police judiciaire ..	98
§2.	Une reconnaissance législative partielle	103
A.	Le défaut d'une affirmation textuelle générale du principe de loyauté.....	103
1.	La réticence législative : exemple de la loi du 15 juin 2000	104
2.	L'éparpillement des diverses sources textuelles	106
B.	Les dérogations spéciales au principe de loyauté.....	110
1.	L'interdiction du recours à des manœuvres d'incitation à des infractions.	111
2.	La progression limitée de la loyauté aux actes accomplis par la police judiciaire.....	114
	CONCLUSION CHAPITRE I	117
	CHAPITRE II : LE ROLE LIMITE DES GARANTS DE LA LEGALITE	118
	SECTION I : LES MAGISTRATS INTERNES.....	120
§1.	La judiciarité des procédures d'obtention de la preuve.....	121
A.	... De la simple information de magistrats.....	122
1.	La passivité relative de la police judiciaire	122
2.	Le véritable maître d'œuvre des procédures	124
B.	... A l'autorisation de magistrats	127
1.	La participation active de la police judiciaire dans le recueil de la preuve	128
2.	L'ingérence dans l'exercice des droits et des libertés des personnes.....	132
§2.	L'ineffectivité du contrôle de la régularité des éléments de preuve.....	137
A.	La régularité des actes de recherche des preuves	137
1.	La validation des procédures incidentes.....	138
2.	Le caractère réel du risque des détournements de procédure.....	141
B.	L'accroissement de l'autonomie décisionnaire de la Police judiciaire	144
1.	La libre qualification policière des faits	145
2.	La dénaturation légale et jurisprudentielle des nullités procédurales.....	148
	SECTION II : LE JUGE EUROPEEN.....	154
§1.	L'équité procédurale	155
A.	Le droit à la présomption d'innocence	156
1.	Une protection pour la personne mise en cause	156
2.	La relativité de la présomption d'innocence	159
B.	Le droit de se défendre	161
1.	La connaissance de l'accusation	161
2.	L'audition contradictoire des témoins.....	164
§2.	La pondération de l'intrusion des Etats dans les droits substantiels des individus	167
A.	L'encadrement de l'intrusion des Etats	168
1.	La légalité de la mesure intrusive.....	169
2.	La réalisation d'un besoin social impérieux.....	171
3.	La nécessité de l'intrusion.....	172
B.	La légitimité des mesures d'investigation secrètes	173
	CONCLUSION CHAPITRE II.....	177
	CONCLUSION DU TITRE I.....	178
	TITRE II LA RELATIVITE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE ET LE BOULEVERSEMENT DES REGLES DE PREUVES	179
	CHAPITRE I : L'ACCOMPAGNEMENT DE LA SOCIETE CIVILE DANS LE RECUEIL DE LA PREUVE.....	180

SECTION I : LA DELEGATION DE L'AUTORITE PUBLIQUE	182
§1. La constatation des infractions par les agents des administrations	182
A. La spécialisation des administrations	183
B. La dotation des pouvoirs d'investigation	187
1. Les attributions accordées aux diverses administrations.....	187
2. La défense du libre exercice de la fonction.....	191
§2. La constatation des infractions par les agents assermentés.....	194
SECTION II : LA PARTICIPATION CONTRAINTE DES ACTEURS PRIVES.....	198
§1. Le concours sollicité par la loi	198
A. L'implication généralisée des acteurs privés dans la détection d'infractions	199
1. L'extension du champ de la déclaration de soupçon.....	199
2. La compatibilité du mécanisme de déclaration de soupçon avec le secret professionnel	204
B. Le créancier institutionnel de l'obligation déclarative.....	209
1. TRACFIN : de l'obligation de déclarer à la présomption d'infraction	210
2. Le développement des échanges d'informations	212
§2. Le concours sollicité par la police judiciaire.....	215
A. Le droit de réquisition	216
1. La remise des éléments intéressant l'enquête	216
2. Le recours à une personne qualifiée	220
B. La convocation de toute personne susceptible de fournir de renseignements	222
1. La comparution obligatoire	222
2. La déposition facultative	225
SECTION III : LA PARTICIPATION VOLONTAIRE DES ACTEURS PRIVES	229
§1. La dénonciation citoyenne	230
A. La dénonciation spontanée	230
1. La dénonciation nominative	231
2. La dénonciation anonyme	234
B. La dénonciation suscitée	240
1. L'anonymisation du témoignage	241
2. Les garanties accordées aux droits de la défense	243
§2. L'extension de la collaboration procédurale	248
A. La consolidation législative des pratiques policières	249
1. Les indicateurs.....	249
2. Les repentis	252
B. Les privilèges de la collaboration procédurale.....	254
1. La confidentialité de l'identité	255
a. La confidentialité de l'identité au bénéfice de l'indicateur	255
b. La confidentialité de l'identité au profit de repentis	256
2. La prime à la collaboration.....	258
a. La mitigation de la peine	258
b. La rétribution	260
CONCLUSION DU CHAPITRE I	263
CHAPITRE II : L'ADMISSION PARTIELLE DE LA PROVOCATION	265
SECTION I : LE MAINTIEN FRAGILE DE LA DISTINCTION PROVOCATION A LA PREUVE ET PROVOCATION A L'INFRACTION.....	267
§1. Les raisons de la distinction	267
A. Le cadre pré-délictueux d'infractions.....	268
1. L'existence d'une activité délictueuse préalable.....	268
2. Le rejet de la présomption de l'intention délictueuse	271

B. La spécificité des infractions recherchées	273
1. La discrétion naturelle des infractions recherchées.....	273
2. La qualité professionnelle de la personne provoquée	275
§2. L'évolution de la provocation	276
A. Quant à l'infraction recherchée	276
B. Quant à l'agent provocateur	278
SECTION II : L'ESSOR DE L'INFILTRATION	282
§1. L'adaptation à la nouvelle criminalité.....	282
§2. L'adaptation aux nouvelles technologies	286
CONCLUSION DU CHAPITRE II	291

CONCLUSION DU TITRE II 292

CONCLUSION PREMIERE PARTIE..... 293

SECONDE PARTIE LE DEVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DANS L'OBTENTION DE LA PREUVE PAR LA POLICE JUDICIAIRE 295

TITRE I : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE ET LA FACILITATION DE L'OBTENTION DE LA PREUVE 299

CHAPITRE I : LES CRITERES DE LA PROPORTIONNALITE..... 300

SECTION I : LA GRAVITE ET/OU LA COMPLEXITE DE L'INFRACTION..... 301

 §1. La gravité de l'infraction..... 301

 A. L'échelle de la peine
 301 |

B. La nature de l'infraction
 302 |

§2. La complexité de l'infraction
 303 |

A. La grande complexité
 303 |

B. La très grande complexité
 305 |

SECTION II : L'APPLICATION DES CRITERES..... 307

§1. La plus grande intrusion de la Police judiciaire dans l'intimité..... 307

A. L'introduction domiciliaire
 307 |

1. La réglementation de l'introduction domiciliaire..... 308

a. La détermination du lieu soumis à perquisition ou visite domiciliaire.... 308

b. Le cas particulier des lieux où sont détenus certains secrets..... 310

2. Le rapprochement entre enquête de flagrance et enquête préliminaire..... 316

3. Les dérogations aux heures légales
 319 |

4. L'admission de la saisie incidente.....
 324 |

B. L'immixtion dans la communication..... 326

1. L'interception des communications émises par la voie des télécommunications..... 327

2. L'admission de l'interception dans le cadre de l'enquête
 329 |

a. La criminalité organisée : l'expression d'exigence de proportionnalité.. 330

b. La marginalisation du juge des libertés et de la détention par la Chambre criminelle de la Cour de cassation..... 333

3. La titularité de la ligne
 334 |

4. Les différentes étapes de l'interception des communications
 339 |

5. La validation de l'écoute incidente
 343 |

§2. La surveillance accrue
 345 |

564

A.	Le recours à la technique de surveillance auditive et visuelle.....	346
1.	De la surveillance limitant l'atteinte à l'intimité de la personne.....	346
2.	A la surveillance portant une atteinte profonde à l'intimité de la personne.....	347
B.	Les strictes conditions du recours au dispositif	351
1.	L'objet du dispositif	351
2.	La procédure.....	353
3.	La transcription des éléments utiles à la procédure.....	356
§3.	Les contrôles accentués	357
A.	Les mesures coercitives préventives et répressives.....	357
1.	Les contrôles d'identités.....	358
2.	Les visites de véhicules	360
B.	La garde à vue dérogatoire	361
1.	L'allongement de la durée de la garde à vue.....	361
2.	Le report de la présence de l'avocat.....	363
	CONCLUSION CHAPITRE I	364
	CHAPITRE II : LA METAMORPHOSE DE LA PROPORTIONNALITE	366
	SECTION I : LES SUPPORTS DE LA METAMORPHOSE	367
§1.	La preuve scientifique	367
A.	L'aveu corporel	368
1.	La scientificité des techniques.....	368
a.	L'identification par empreintes.....	369
b.	Les vérifications médicales	372
I.	Le dépistage de l'état alcoolique et de stupéfiants	372
II.	La détection de maladies sexuellement transmissibles	375
2.	La fortification de la preuve scientifique dans la chaîne pénale	377
B.	La régression de la liberté corporelle	382
1.	L'apparence du libre choix.....	383
a.	L'illusion du libre consentement	383
b.	La restriction des cas d'existence du libre consentement.....	387
2.	Le contournement de la volonté contraire	388
a.	L'inexistence du droit au silence corporel.....	388
I.	L'incrimination de refus et L'usage de la contrainte	388
i.	L'incrimination de refus.....	389
ii.	La contrainte directe.....	393
II.	L'obligation de fournir des informations tirées de son corps	395
b.	Le recueil de données naturellement détachées.....	398
§2.	Le fichage.....	400
A.	L'élargissement du champ d'application	401
1.	Le champ matériel.....	401
2.	Le champ personnel	403
B.	Les difficultés engendrées	405
1.	L'opposition	405
2.	L'accès	407
3.	La correction	410
4.	La consultation	413
	SECTION II : LES CONSEQUENCES DE LA METAMORPHOSE.....	416
§1.	La normalisation explicite de l'exception	416
A.	L'élargissement du champ d'application des règles dérogatoires.....	417
B.	La généralisation des règles dérogatoires en droit commun	419
§2.	La normalisation implicite de l'exception.....	421

A. L'extension du champ dérogatoire au droit commun hors référence à la délinquance et criminalité graves et organisées	421
B. L'amplification de la dimension dérogatoire	423
CONCLUSION DU CHAPITRE II	424

CONCLUSION DU TITRE I 426

**TITRE II : LA PORTEE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DANS
L'OBTENTION DE LA PREUVE 427**

CHAPITRE I : LA REORGANISATION DES INVESTIGATIONS..... 428

SECTION I : LA SUPPRESSION DES FRONTIERES INSTITUTIONNELLES 429

§1. Au niveau interne 429

 A. La spécificité 430

 B. La mutualisation imparfaite des compétences 431

§2. Au niveau européen..... 435

§3. Une réponse globale et coordonnée ?..... 438

 A. La définition commune des objectifs 438

 B. Les éventuels obstacles 442

SECTION II : LA RECONNAISSANCE MUTUELLE 447

§1. Le dépassement de l'entraide judiciaire traditionnelle..... 448

 A. La décision de gel de biens ou d'éléments de preuve 448

 B. Le mandat européen d'obtention de preuves..... 453

§2. L'optimisation de la collecte de la preuve 455

 A. La célérité de procédures..... 455

 B. Les inconvénients et limites à l'expansion des outils de la reconnaissance
 mutuelle 459

CONCLUSION CHAPITRE I 462

CHAPITRE II : LA MOBILISATION IMPORTANTE DE RESSOURCES HUMAINES
ET MATERIELLES 464

SECTION I : LES OBJECTIFS DE LA MOBILISATION 465

§1. Limiter la durée des enquêtes..... 465

 A. La structure particulière de l'infraction poursuivie..... 465

 B. L'influence de la structure de l'infraction sur la longueur des enquêtes 466

§2. Gérer le coût 469

 A. Le coût économique 469

 B. Le coût démocratique 471

SECTION II : LES LIMITES DE LA MOBILISATION 474

§1. Le risque de dépérissement des preuves 475

 A. La disparition des preuves matérielles 475

 B. La mémoire et la disparition des témoins..... 476

 1. La mémoire des témoins 477

 2. La disparition des témoins..... 478

§2. Le choix des affaires traitées 479

 A. La gravité objective des faits commis 480

 B. Les autres raisons de la sélection des affaires 481

 1. La médiatisation des affaires..... 482

 2. La sensibilité des affaires 483

CONCLUSION CHAPITRE II 484

CONCLUSION DU TITRE II	484
CONCLUSION SECONDE PARTIE.....	485
CONCLUSION GENERALE.....	487
ANNEXE.....	490
BIBLIOGRAPHIE	492
INDEX ALPHABETIQUE	549