
**Les transformations de l'administration
de la preuve pénale : perspectives comparées.
Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis,
France, Italie, Portugal, Royaume-Uni**

Geneviève GUIDICELLI-DELAGE (dir.),
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Haritini MATSOPOULOU (coord.),
Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

ARPE (Association de recherches pénales européennes)
Université Paris I Panthéon Sorbonne – CNRS

Décembre 2003



La volonté de transcrire toute la dynamique des questions posées par l'étude « des transformations de l'administration de la preuve pénale » justifie les choix opérés tant à l'égard des perspectives comparatives que des sujets traités.

A l'égard des perspectives comparatives, le choix des pays répond, en effet, à l'hypothèse que les transformations de la preuve transcendent les systèmes traditionnels de procédure pénale. En Europe, ont donc été retenus le Royaume-Uni, représentant de la tradition de *common law*, et, au sein des pays continentaux, des pays (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Portugal) qui illustrent, chacun à sa manière, un modèle plus ou moins inquisitoire, ou plus ou moins contradictoire. Mais l'hypothèse était également que ces transformations transcendent les frontières européennes, comme le montrent les mécanismes de preuve mis en place devant les juridictions internationales que sont les Tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale, ce qui a conduit à englober dans la comparaison les Etats-Unis et le Canada.

A l'égard des sujets traités, le choix n'a pas été fait d'une étude globale du droit de la preuve, étude déjà largement menée, mais de la *sélection de thèmes* qui, au regard de l'idée de transformations, pouvaient s'avérer pertinents.

Répondant à cette préoccupation, la présente recherche s'ordonne donc autour de deux axes. Le premier, intitulé « Principes généraux et transformations du droit de la preuve », regroupe les cinq premiers thèmes. Le second, intitulé « Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration de la preuve », regroupe les cinq derniers thèmes.

Ces thèmes, sans doute à première vue hétéroclites, s'induisaient de la problématique même de l'appel d'offres. En l'articulant autour de trois questions – « De nouveaux standards d'administration de la preuve ? », « Vers une objectivation du mode d'administration de la preuve ? », « Une redéfinition des objectifs et des modalités de l'enquête ? » - les rédacteurs de cet appel incitaient les chercheurs à travailler sur des *mutations précises* du droit au regard d'une part des principes généraux qui gouvernent la preuve, d'autre part des évolutions technologiques qui modifient tant certains types de délinquance que les modes de travail dans la recherche des preuves.

Philosophiquement, les objectifs de la procédure pénale – vérité, légitimité, efficacité – au service desquels est mise la preuve se révèlent en tension interne, la légitimité pouvant cantonner la recherche de vérité et d'efficacité, ou l'inverse ; l'efficacité pouvant tendre à l'objectivation de la vérité, ou à sa défiguration, etc. Et suivant celui des objectifs qui l'emporte, le rôle des acteurs (publics, privés) et le caractère de la procédure (accusatoire, inquisitoire, contradictoire) changent.

Procéduralement, la montée des standards communs du procès équitable est indéniable. Elle se marque par une constitutionnalisation et/ou conventionnalisation de plus en plus forte du droit de la preuve, par un développement des droits de la défense, du principe du contradictoire et de l'oralité, de l'égalité des armes et de la place des parties privées dans la recherche de la vérité, par les exigences de proportionnalité, d'adéquation et de loyauté des modes de recueil et d'administration des preuves. Mais cette montée n'exclut pas des tensions internes entre d'une part des principes qui sont à équilibrer entre eux, d'autre part des intérêts conflictuels qui sont à concilier : intérêts public, collectifs, privés des victimes comme des auteurs.

Cet équilibre n'est pas statique mais soumis à l'influence des déplacements des objectifs du procès pénal, selon que prime légitimité, ce qui tend à donner prééminence aux règles du procès équitable, ou efficacité, ce qui tend à ne faire des règles du procès équitable qu'un simple contrepoids.

Or ces mouvements et tensions, que l'on peut parfaitement identifier quant au droit de la preuve en France, se retrouvent à l'identique dans tous les pays étudiés. Semble ainsi se dessiner ce que pourraient être *les fractures futures communes* des procédures pénales en Europe, voire au-delà.

I – Principes généraux et transformations du droit de la preuve

1°) *Les objectifs du procès pénal*

La recherche de la vérité est le principal objectif du procès pénal, ce qui transparaît au travers de la réglementation de la preuve dans la plupart des droits nationaux. Cependant, le rôle du juge varie d'un pays à l'autre, ainsi que les méthodes de preuve utilisées. Différents droits nationaux, ayant opté pour le système accusatoire, ne reconnaissent au juge pénal qu'un rôle passif, même si cette présentation est aujourd'hui quelque peu dépassée. En droit anglais, la culpabilité doit en effet se décider « au delà du doute raisonnable », et le juge ne pourra valider la thèse de l'accusation seulement si celle-ci parvient à établir une forte probabilité de culpabilité. Par ailleurs, il résulte de l'examen des procédures un certain rapprochement, du moins à l'échelon européen, qui laisse apparaître un rôle actif du juge dans les procédures accusatoires quant au plaidoyer de culpabilité (recours à ce système dans les pays de Common Law, en Espagne, en Italie, etc ...). Selon ce système, l'accusé reconnaît sa culpabilité et le juge statue immédiatement sur la sanction.

Dans le système inquisitoire, c'est le juge qui va chercher à découvrir la vérité. Cependant, un rôle important est reconnu aux parties quant aux modes abrégés ou alternatifs de règlements des conflits. Aussi bien, il existe de nombreuses procédures spéciales visant à écourter le procès et à favoriser la négociation (Italie, Portugal, France ...).

La distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire est ainsi actuellement remise en cause. En tout état de cause, on est amené à reconnaître que la recherche de la vérité, objectif principal du procès pénal, passe parfois au second plan, au nom de la célérité de la procédure et de la recherche d'une solution conciliant les intérêts de tous les participants au procès pénal.

2°) *La constitutionnalisation/conventionalisation du droit de la preuve*

La manifestation de la vérité ne justifie nullement le recours à tout moyen de preuve. C'est qu'en effet, des traités posent, au niveau international ou européen, un certain nombre de limites à la recherche de preuves. En particulier en se fondant sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit plusieurs garanties en matière d'administration de la preuve. Ce texte édicte d'importants principes qui peuvent être regroupés sous deux axes : celui du principe de l'égalité des armes et celui du principe du contradictoire.

Pour la Cour européenne, le principe du procès équitable n'est qu'un des aspects du « droit à une bonne administration de la justice ». Sur le fondement de l'article 6 CEDH, la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à condamner le recours à des moyens de preuve obtenus de manière illicite et consacre le droit à être confrontés au témoin à charge.

En outre, en droit interne, un processus de constitutionnalisation du droit pénal apparaît. Il s'agit, plus précisément, de la consécration de principes de procédure pénale par les Constitutions nationales. Ainsi, les Constitutions espagnole, portugaise, allemande, et italienne contiennent plusieurs dispositions ayant une incidence en matière de procédure pénale - principe du contradictoire, droit au silence, présomption d'innocence, interdiction d'une obligation de s'accuser soi-même ... Le Conseil Constitutionnel a « constitutionnalisé » de son côté plusieurs principes relatifs à la preuve pénale - nécessité d'un procès équitable, respect des droits de la défense et respect de la présomption d'innocence.

Il faut enfin souligner que parfois, la jurisprudence constitutionnelle se fonde sur la jurisprudence de la Cour européenne pour interpréter les droits fondamentaux et les principes consacrés par les Lois Constitutionnelles. Ainsi, le Tribunal Constitutionnel espagnol fait souvent appel à la jurisprudence de la Cour européenne que la doctrine espagnole n'hésite pas à qualifier de « justice constitutionnelle ».

3°) *La hiérarchie des preuves*

Dans les systèmes de droit continental, le juge apprécie librement les preuves en raison du principe de l'intime conviction (Codes français, belge, allemand, espagnol, portugais ...). Cependant, afin que la liberté laissée au juge ne mène pas à l'arbitraire, certaines limites sont prévues, reposant pour l'essentiel sur l'exclusion des preuves illégalement administrées. En revanche, dans les systèmes de *Common Law*, les tribunaux s'intéressent peu aux moyens employés pour obtenir une preuve. Toutefois, depuis une vingtaine d'années, la situation a évolué sous l'influence du Police and Criminal Evidence Act (PACE) anglais de 1984 qui admet certains cas d'exclusion des preuves dans des situations particulièrement graves.

L'administration de la preuve repose sur des principes identiques dans l'ensemble des systèmes juridiques étudiés, à savoir l'oralité des débats et leur caractère contradictoire.

En outre, la mise à l'écart formelle de certains modes de preuve s'accompagne d'une évolution récente conduisant à une distinction des preuves selon leur nature et leur valeur probante. L'aveu n'a plus l'importance qu'il détenait sous le système des « preuves légales », il conserve incontestablement aujourd'hui une valeur de premier plan, et aucun autre moyen de preuve ne semble pouvoir s'y substituer. Le poids accordé par les magistrats aux conclusions des experts est particulièrement important, est susceptible de déboucher sur un retour implicite au système de preuves légales.

4°) *La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité*

Dans les pays de tradition continentale, la recherche de la preuve pénale est confiée à une autorité publique (Juge d'instruction, membre du ministère public ou policier). Cependant, il est permis de constater que les parties privées, longtemps à l'écart du procès pénal, bénéficient depuis quelques années d'un renforcement de leurs droits de sorte que l'on parle désormais de « privatisation » dans la recherche de la preuve (droit d'accès aux pièces du dossier, droit de demander la réalisation d'actes d'enquête supplémentaires, renforcement des droits des victimes).

Dans le modèle accusatoire britannique, la partie qui déclenche les poursuites (la police) et la personne poursuivie recherchent les éléments de preuve. Pour éviter le risque d'inégalité entre les justiciables, la doctrine a encouragé la réforme du droit anglais qui affirme dorénavant le principe de la mise en état du procès pénal à charge et à décharge, et celui de la communication des éléments de preuve à décharge à la défense. Depuis le *Crown prosecution and investigation act* de 1996, il appartient désormais à la police anglaise de rechercher les éléments de preuve à charge et à décharge. On peut donc parler, en ce cas, d'une certaine « publicisation » dans la recherche de la preuve.

5°) *Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception*

Pour faire face à la criminalité organisée et au terrorisme, les enquêteurs et magistrats sont dotés, dans la plupart des pays, de pouvoirs dérogatoires au droit commun, justifiés par les difficultés accrues d'établissement des preuves et la dangerosité de ces organisations criminelles. Ainsi, les principes du procès équitable sont souvent aménagés ou écartés en matière de lutte contre le terrorisme et contre la criminalité organisée.

Tout d'abord, divers dispositifs sont mis en place pour faciliter la recherche des preuves. De nombreux actes susceptibles d'être accomplis dans le cadre des enquêtes obéissent ainsi à un régime largement dérogatoire du régime de droit commun.

Par ailleurs, le recours à certains moyens techniques de preuve, telles que les écoutes administratives, est particulièrement fréquent. De nouvelles méthodes d'enquête sont également employées pour lutter contre la criminalité organisée. Il s'agit, en particulier, des méthodes dites

« proactives », adoptées dans la plupart des pays étudiés, visant à identifier l'auteur potentiel d'un crime ou délit. Dans le cadre de ces enquêtes, la provocation peut, sous certaines conditions, être admise par les tribunaux, ainsi que l'emploi des agents infiltrés.

En outre, le recours fréquent à la violence physique des organisations criminelles oblige à assurer une protection particulière des témoins, ainsi que des personnes impliquées dans la commission d'une infraction, qui souhaitent collaborer avec la justice, et plus généralement des personnes participant à la conduite du procès.

Enfin, l'exercice des droits de la défense peut parfois être réduit ou différé pour les affaires relevant de la criminalité organisée.

II – Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration des preuves

Les cinq thèmes ici réunis ont en commun d'interroger les transformations de la preuve, de manière micro-juridique, le projecteur n'étant plus fixé sur les principes généraux mais sur des situations singulières, choisies parce qu'elles constituent certainement les hypothèses concrètes de mutation dans l'administration de la preuve mais également parce que les unes et les autres, chacune à sa manière, permettent de poursuivre le questionnement amorcé dans la première partie de cette recherche.

Ces thèmes marquent *l'évolution des modes de preuve* sous l'influence des progrès scientifiques ou technologiques. Ils marquent encore *l'évolution de la criminalité* qui appelle des modalités de recueil ou d'administration nouvelles. Ils marquent enfin que *l'objectif d'efficacité et/ou de célérité* peut conduire à cantonner le recueil de la preuve ou son administration au motif notamment de la gravité ou de la simplicité de l'infraction.

1°) La preuve biologique

L'analyse d'ADN permet d'identifier un individu, par comparaison de son empreinte génétique avec les substances prélevées sur la scène d'un crime. Le recours à un tel moyen permet souvent de faire le lien entre plusieurs affaires criminelles et d'aboutir à l'identification d'un criminel en série. L'utilisation des techniques, mettant en œuvre l'ADN, a évolué depuis le début de leur emploi dans le cadre de la criminalistique.

Les praticiens reconnaissent désormais que, dans le cadre d'une enquête judiciaire, l'ADN s'impose comme un indice précieux. Mais quelle est la valeur probante qu'on doit attacher à ce mode de preuve ? Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur les différentes conditions auxquelles doit être soumis un prélèvement ADN, qui doit assurer toutes les garanties de fiabilité et, assurer le respect du principe de la légalité dans l'administration des preuves. Ainsi, il apparaît tout d'abord nécessaire de définir avec précision les cas dans lesquels cette technique peut être employée. Pour assurer l'intégrité des prélèvements et prévenir une pollution accidentelle, de nombreuses précautions doivent être prises dans les laboratoires où l'analyse de ces prélèvements doit s'effectuer, afin de permettre une contre expertise éventuelle.

Enfin, la méthode d'analyse par comparaison de profils d'ADN ne développe son plein potentiel que par la constitution de bases de données génétiques généralisée à un grand nombre d'individus. L'existence d'un fichier centralisé des empreintes génétiques offre aux enquêteurs un outil déterminant qui permet de lutter contre la récidive, de procéder à des rapprochements entre les différentes affaires criminelles et de confondre leur auteur à partir de traces non résolues, dès lors que celles-ci auront été préalablement intégrées dans la base. Mais, selon quels critères, doit-on constituer ces bases de données génétiques ? Les développements des recherches dans le domaine de la thérapie génique accroît le nombre de base de données ou banques tissulaires. L'accès à ces informations

détenues par les établissements hospitaliers ou laboratoires peut-il être autorisé dans le cadre d'une investigation criminelle, et dans l'affirmative à quelles conditions ?

2)° La preuve « cybernétique »

Le réseau d'internautes s'étend de jour en jour à une croissance exponentielle. Le commerce électronique se développe aussi à grands pas.

Espace virtuel qu'aucune frontière ne délimite, l'Internet est avant tout un nouvel espace d'expression humaine, un espace qui est celui de la liberté où chacun peut agir, s'instruire et s'exprimer.

Cet espace n'est naturellement pas celui du droit. Anonymat, volatilité des preuves, absence de frontières, présence policière très limitée, communication quasiment instantanée à un coût modéré, complexité croissante, le cyberspace est aussi un terrain de prédilection pour les délinquants : il réunit pratiquement tous les ingrédients pour réaliser le crime parfait !

Les délits se sont multipliés, menaçant autant les individus que les entreprises ou les Etats. Vecteur et cible d'une criminalité polymorphe, l'Internet, qui, par nature, ignore les frontières, pose des défis considérables à la procédure pénale. Le nombre de condamnations prononcées en la matière est faible au regard des milliers d'attaques annuelles. La poursuite et la répression de la cybercriminalité se heurtent à de nombreux obstacles : extraterritorialité et rapidité des réseaux, fugacité et volatilité des données constituent une difficulté en termes d'efficacité répressive. La nécessité de lutter donc utilement contre ces formes de criminalité supposent que soient adaptés, d'une part, les incriminations pénales, et d'autre part les instruments procéduraux, dont disposent les autorités chargées de l'enquête.

3)° La preuve technologique des interceptions et surveillances

L'évolution impressionnante de la technologie a été une source constante des transformations au sein de la justice pénale, lors des dernières décennies. Les interceptions des télécommunications et les moyens de surveillance sont considérés comme des méthodes d'investigation efficaces, susceptibles de satisfaire les exigences d'une criminalité dissimulée et les exigences d'une criminalité qui menace de plus en plus les fondements mêmes de nos sociétés libérales.

Contrairement à certaines législations isolées qui prennent soin de définir la notion d'interceptions des télécommunications (Etats-Unis, Canada et Italie), la majorité des systèmes juridiques sont silencieux sur cette question. Malgré l'absence de définition légale, il est permis de considérer que l'interception sous-entend l'idée de saisie d'une conversation entre deux personnes, par l'intermédiaire de mécanismes technologiques. Or, de telles conversations relèvent à part entière de la sphère de la vie privée des individus, dont la protection est assurée par tous les systèmes juridiques. Dès lors, il y a une incompatibilité entre les interceptions des communications téléphoniques et le droit à la vie privée. Cependant, cette pratique est considérée comme légitime dans tous les Etats étudiés. Sans aucun doute, la légitimité de cette pratique peut prendre appui sur l'article 8§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui justifie les ingérences de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, à condition que ces ingérences soient prévues par la loi, et qu'elles constituent, dans une société démocratique, une mesure nécessaire à la sécurité nationale, au bien être économique du pays, à la prévention des infractions pénales ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Ainsi, dans l'affaire *Klass c/ Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que «les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire». La Cour de Strasbourg reconnaît donc les interceptions comme une méthode d'investigation criminelle acceptable, malgré leur caractère *prima facie* attentatoire à la vie privée. Cependant, elle ne le fait qu'avec beaucoup de réserve, en soulignant en particulier la nature exceptionnelle de ce moyen d'investigation et en imposant sa description explicite et détaillée par la loi. C'est à la même conclusion qu'a abouti la

Cour Suprême du Canada dans l'affaire *R. c/ Duarte*, où il a été observé que «si l'Etat peut enregistrer et transmettre les communications privées de manière arbitraire, il n'est plus possible d'atteindre une balance entre le droit de l'individu d'être laissé seul et le droit de l'Etat de s'intégrer dans la vie privée afin de poursuivre ses buts», notamment celui de combattre la criminalité».

Les législateurs des différents pays, faisant l'objet de notre étude, ne pouvaient donc que recevoir positivement les messages de la Cour européenne des droits de l'Homme et s'efforcer d'harmoniser leur législation aux impératifs posés par la Convention. Mais si l'interception des communications téléphoniques est expressément réglementée par tous les systèmes juridiques étudiés, il n'en est pas de même pour d'autres méthodes de surveillance, dues aux récentes évolutions technologiques, telle que la surveillance électronique du cyberspace. Ainsi, le système ECHELON développé afin de servir les besoins des agences secrètes des Etats-Unis, ainsi que des agences d'autres pays y participant et ne semble pas concerner que la protection de la sécurité nationale de ce pays. Toutefois, rien n'empêche l'exploitation de ce système à d'autres fins, en particulier celles d'investigations criminelles. A défaut de cadre législatif suffisant, ce système est la source potentielle de nombreuses atteintes à la vie privée des individus à tel point que l'on pourrait parler d'une société surveillant tout. Il appartient donc aux différents législateurs d'intervenir pour réglementer expressément de telles situations extrêmement dangereuses pour les droits fondamentaux.

4°) La preuve dans les procédures simplifiées

Dans le cadre du procès pénal, la célérité satisfait l'objectif d'efficacité. On a pu, à juste titre, dire que «Le temps qui passe, c'est la vérité qui s'enfuit». La célérité obéit tout d'abord à la demande de l'opinion publique qui réclame un châtement rapide, surtout pour les infractions les plus graves. Elle est également indispensable à une bonne obtention des preuves. Enfin, elle va aussi dans l'intérêt des victimes, dont il faut hâter l'indemnisation.

La célérité de la justice répressive constitue une garantie importante pour les justiciables. Cette garantie est, d'ailleurs, expressément consacrée par la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, l'article 5§3 Conv. EDH prévoit que toute personne arrêtée a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure, tandis que l'article 6§1 de la même Convention indique que «toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... dans un délai raisonnable». Une disposition analogue figure aussi dans la Convention Interaméricaine des droits de l'Homme (art. 8) qui reconnaît aussi la célérité comme une garantie du procès équitable. Il est encore permis de faire observer que la célérité a, dans certains pays, une valeur constitutionnelle (Portugal et Espagne).

Pour satisfaire l'objectif de célérité, la majorité des systèmes juridiques, faisant l'objet de notre étude, ont institué des procédures simplifiées, qui sont applicables à la criminalité de masse – la petite et moyenne criminalité – identifiée en tant que telle, selon des critères variant d'un système à l'autre. Aussi bien, la plupart des législations réserve une place importante aux alternatives aux poursuites pénales, tandis qu'elles instituent des procédures «simplifiées», amputées d'une ou plusieurs phases du procès pénal.

5°) La preuve par témoignage et le statut des témoins

Parmi les preuves recueillies dans le cadre d'une procédure pénale, le témoignage occupe une place importante. Le considérable développement de la notion de procès équitable, sous l'influence de la Convention et de la Cour européennes des droits de l'Homme, a abouti à une évolution des règles relatives au témoignage. C'est qu'en effet, le principe de l'égalité des armes impose aujourd'hui que les éléments de preuve soient produits en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ceci a donc nécessairement des incidences quant à la prise en considération des témoignages anonymes.

Dès lors, il convient d'étudier, d'une part, les principaux «droits», dont dispose le témoin, et, d'autre part, les conditions d'admission des témoignages, en tant que moyens de preuve, dans le procès pénal.

CONCLUSIONS

Poser comme question la possible uniformisation / harmonisation du droit de la preuve, en Europe, voire à l'échelle mondiale, supposait établi le préalable de la diversité des systèmes. Et il est vrai qu'en matière de preuve, la réalité première est celle des droits internes. Aussi un éventuel « droit commun » nécessite-t-il des études de convergences / divergences, comme celles que cette recherche a menées, pour essayer de mettre en évidence les éléments d'une synthèse possible entre les divers systèmes.

Cette présence des droits internes explique les divergences que les études menées ont fait apparaître. Les études qui précèdent permettent ainsi d'éclairer les points de divergences techniques faisant le départ entre eux, suivant qu'ils constituent ou non un obstacle à une éventuelle harmonisation. Cette nationalisation du droit de la preuve doit toutefois être relativisée, et par l'histoire et par l'actualité.

Cela fait longtemps que les systèmes juridiques s'empruntent mutuellement et que « les procédures pénales continentales et anglaise », ainsi que le fait remarquer J.R Spencer, « n'ont cessé chacune de prendre dans l'autre tradition une partie de ses idées les plus rationnelles en matière de preuve ». L'estompement des frontières procédurales n'est donc pas un phénomène récent. Mais il est clair qu'il se renforce actuellement sous l'effet de l'influence tout d'abord du droit international, et plus précisément s'agissant de l'Europe, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La CEDH encadre doublement le système de preuve par les exigences du procès équitable et par le respect des droits garantis par la Convention (articles 3, 8, 10), la Cour n'ayant pour compétence que de s'assurer que le droit à un procès équitable a été globalement respecté ; l'appréciation de la preuve relève en principe du juge national et une preuve illégalement obtenue n'implique pas forcément une violation de l'article 6 de la Convention. Mais si le recueil de la preuve viole un droit reconnu par un autre article de la Convention, c'est sur le fondement de cet article que la violation est constatée.

La création d'un espace européen de libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux, mais également la mondialisation des économies et des échanges, qui facilitent les criminalités transnationales et internationales, les révolutions technologiques, sont autant de facteurs qui transcendent les spécificités nationales, et conduisent tous les systèmes internes à choisir des voies de riposte – en matière de preuve – qui sont similaires, ou à défaut voisines.

Or ces voies, du moins certaines d'entre elles, ne sont pas sans parenté avec les règles instaurées devant les tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale.

MOUVEMENTS

Le premier mouvement, celui de **l'affermissement de l'encadrement du droit de la preuve par les exigences du procès équitable et le respect des droits substantiels de l'homme**. L'on sait que le socle commun de principes ou standards, forgé de traditions nationales aux valeurs identiques et d'emprunts procéduraux mutuels, s'est étoffé et affermi sous l'impact du droit international. Il suffira de rappeler qu'à l'égard de la preuve, les principes du procès équitable que sont *la présomption d'innocence, l'égalité des armes, le principe du contradictoire*, le droit de se défendre et de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de cette défense, sont des principes partagés par tous les pays étudiés.

L'encadrement de l'administration de la preuve se fait aussi nécessairement par le respect imposé de certains droits substantiels de l'homme, et plus précisément, par le respect de la dignité humaine, le respect du droit à la vie privée, et de manière subsidiaire ici, le respect de la liberté d'expression – qui peut faire obstacle à la recherche de la preuve.

Mais, si le respect de la dignité humaine est un principe qui ne souffre aucune exception, le droit au respect de la vie privée comme celui de la liberté d'expression peuvent, selon les dispositions de la Convention européenne, subir des restrictions, à la condition qu'elles apparaissent nécessaires dans une société démocratique.

Le deuxième mouvement, celui du **sous-investissement¹ du droit de la preuve**, n'est pas, comme le précédent, totalement nouveau, mais son amplification est particulièrement nette. Ce sous-investissement du droit de la preuve trouve ses premières racines dans la volonté de simplification et de célérité des procédures. Ces tendances tiennent principalement au fonctionnement des institutions judiciaires. Mais ce sous-investissement du droit de la preuve trouve encore ses racines dans les métamorphoses de la fonction de la justice pénale avec l'apparition, du moins dans certains pays, d'une fonction de réparation, restauration. Le sous-investissement peut, alors, dans cette hypothèse, s'expliquer par l'effacement de l'acte au profit du dialogue noué entre les parties.

Tous les pays étudiés connaissent la renonciation à l'exercice de l'action publique à l'initiative de la partie poursuivante - ministère public ou police, que le système soit d'opportunité ou de légalité des poursuites. Mais, alors que certains d'entre eux maintiennent une renonciation unilatérale de la partie poursuivante, d'autres la subordonnent soit à l'accord de l'accusé et à l'homologation du tribunal, soit à la décision d'un juge de jugement, le partage transcendant, là encore, la distinction opportunité / légalité. Toutefois, même dans les pays qui connaissent une renonciation discrétionnaire, apparaît une tendance, dite de « contractualisation ».

Tous les pays étudiés connaissent encore des procédures simplifiées de jugement, qui entraînent soit la suppression d'une phase du procès (parfois la phase d'instruction préparatoire, en raison d'un flagrant délit, parfois la phase d'audience publique par le mécanisme de l'ordonnance pénale), soit l'amputation de la phase de jugement de toute sa partie probatoire.

Renonciation à l'exercice de l'action publique et procédures simplifiées de jugement ont pour point commun d'amputer l'administration de la preuve et donc de sacrifier le principe du contradictoire

Le troisième mouvement, celui du **surinvestissement de la preuve**, est certainement le plus nouveau, et concerne principalement – même si ce n'est pas exclusivement – le recueil de la preuve. Il s'enracine dans une double évolution, des modes de preuves et de la criminalité, et s'explique par deux constats : la grande fiabilité des preuves scientifiques d'une part, et la grande difficulté à recueillir des preuves face à certaines formes de délinquances d'autre part. Mais l'un et l'autre de ces constats conduisent à la même préoccupation : recueillir, et dans une moindre mesure administrer, coûte que coûte, la preuve.

La fiabilité de la preuve scientifique, notamment biologique, est incomparablement plus forte que celle de la preuve humaine (car « l'indice ne ment pas ») et le développement des sciences ne cesse de l'accroître. Néanmoins, la preuve scientifique n'est qu'imparfaite. Son haut degré de fiabilité fait de la preuve notamment biologique, un mode de preuve particulier dont les incidences tant sur le recueil que sur l'administration de la preuve peuvent être notables.

Le risque d'une erreur de manipulation ne saurait cacher le risque principal, qui serait de faire de la preuve scientifique, et notamment de la preuve biologique, la reine des preuves, la « probatio probatissima », conduisant, comme cela fut le cas en droit (comme cela peut encore l'être en pratique) pour l'aveu à une recherche systématique, voire forcée de son recueil.

Si les modalités de recueil et d'exploitation des indices biologiques diffèrent, il se dessine une tendance : en raison des avantages attendus de la preuve biologique, et malgré les principes affirmés, son recueil et son exploitation sont recherchés au prix, le cas échéant, d'atteintes aux principes du respect du corps humain et de la vie privée, et sans que soient toujours respectées les exigences des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Quant à l'administration de la preuve, tous les pays étudiés connaissent le principe de la preuve morale conférant au juge une totale liberté d'appréciation, dès lors que sont respectées la légalité dans la recherche des preuves et la légalité dans l'administration de la preuve. Mais l'évolution récente des législations et pratiques montre l'émergence de preuves dont la valeur est préalablement définie, participant à la mise en place d'une hiérarchie matérielle dans laquelle la preuve scientifique pourrait occuper, au côté de l'aveu, la première place, en raison tout d'abord du haut degré de certitude

¹ Investissement peut s'entendre ici à partir de ces deux étymologies (latine et anglaise) et en tous ses sens, militaire (envahir, occuper), financier (placer), psychologique (mettre toute son énergie).

des preuves scientifiques. La deuxième raison tient au caractère objectif des preuves scientifiques, objectivité qui paraît à certains, le meilleur moyen de vaincre le doute pour arriver à la certitude indispensable à la prise de décision. Du cumul de ces deux raisons (force de conviction, objectivité) et du surinvestissement constaté dans le recueil de la preuve scientifique, se dessine une objectivation croissante de la preuve et par voie de conséquence de la procédure pénale, qui peut conduire à plus de certitude et de sécurité mais également à un déplacement du lieu de décision du juge à l'expert.

TENSIONS

Philosophiquement, les trois objectifs de la procédure pénale au service desquels est mise la preuve – vérité, légitimité, efficacité – sont en tension interne, placés dans une relation triangulaire dont l'équilibre n'est ni préétabli ni statique.

Le but ultime de toute procédure pénale, en effet, qu'elle soit continentale ou de *common law* est la manifestation de la vérité. Pour autant, celle-ci ne peut se faire à n'importe quel prix mais uniquement par des voies non seulement légales mais encore légitimes. Mais la légitimité ouvre la voie à une problématique complexe, tant par les « restrictions nécessaires » qu'elle autorise « dans une société démocratique ».

C'est pourtant à une autre primauté, celle de l'efficacité, que concourent les deux autres mouvements, par un jeu complexe dans lequel, si efficacité et vérité ne sont pas toujours antagonistes, la légitimité, à l'inverse, est sacrifiée à l'efficacité.

Les rapports, en effet, qu'entretiennent efficacité et vérité ne sont pas univoques. Dans le mouvement de sous-investissement du droit de la preuve, la prééminence de l'efficacité sur la vérité et leur antagonisme s'imposent au premier regard. Dans le mouvement de surinvestissement, à l'inverse, vérité et efficacité marchent du même pas : efficacité de la science et de la technologie mise au service de la vérité ; vérité recherchée à tout prix parce que seule susceptible d'efficacité. Il est ainsi difficile de savoir laquelle commande le jeu de l'autre (efficacité au service de la vérité ou vice-versa), à moins que les deux objectifs ne fusionnent, la recherche de la vérité se confondant avec le souci d'efficacité. Mais, si la relation efficacité-vérité est une relation contrastée, d'opposition (l'efficacité contredisant la vérité), ou de confort (l'efficacité confortant la vérité ou s'en confortant), les rapports efficacité-légitimité suivent la même voie que le mouvement soit de sous-investissement ou de surinvestissement : la prééminence de l'efficacité sur la légitimité.

C'est, en effet, à la remise en cause de certaines garanties et droits que concourent les deux mouvements. Tous les principes du procès équitable qui gouvernent le droit de la preuve - présomption d'innocence, égalité des armes, principe du contradictoire, principes de loyauté, d'adéquation et de proportion - mais encore les droits substantiels de l'homme (dignité, respect du corps humain, respect du droit à la vie privée) sont, dans une plus ou moins grande mesure, à une occasion ou à une autre, sacrifiés à l'efficacité.

Dans le mouvement de sous-investissement, c'est principalement le principe du contradictoire et accessoirement le principe de loyauté qui sont mis à mal. Mais, dans le mouvement de surinvestissement, tous les principes et droits se voient récusés ou pour le moins écornés au nom de l'efficacité : garanties des principes du contradictoire et de l'égalité des armes, des droits de la défense, de la présomption d'innocence ; le respect de la vie privée, le respect du corps humain ; les principes de proportionnalité et de subsidiarité dès lors que ces modes de preuve attentatoires aux droits de l'homme se banalisent et se généralisent, etc.

Au cœur, posé en exergue et présenté comme « le » modèle de procédure, se situe, en effet, un modèle contradictoire fondé sur la primauté de la légitimité, encadré aux deux extrêmes par des systèmes dérogatoires justifiés au nom de l'efficacité. L'existence de ces systèmes, sans doute pragmatiquement inéluctable en raison soit de la simplicité soit au contraire de la gravité ou de la complexité des affaires, serait acceptable dans la mesure où, comme toute dérogation, ces procédures seraient strictement conçues dans leur champ d'application et strictement réglementées dans leurs conditions. Or, c'est tout au contraire à une double extension des extrêmes que l'on assiste. D'un côté, parce que l'efficacité conduit à inclure, dans le champ du sous-investissement, non plus les seules infractions simples ou banales mais également des infractions de gravité croissante ; de l'autre, parce que l'efficacité conduit à englober, dans le champ du surinvestissement, non plus seulement des

infractions d'une extrême gravité ou d'une grande complexité mais également, notamment par le biais des concepts de terrorisme et de criminalité organisée, des infractions simplement graves. Les deux mouvements, allant à la rencontre l'un de l'autre, créent ainsi un rétrécissement du cœur. Et c'est ainsi que se dessinent ce que pourraient être les fractures communes des procédures pénales en Europe, voire au-delà, fractures entre l'émergence et l'affermissement symbolique d'un modèle contradictoire de procédure dans lequel la primauté serait donnée à la légitimité qui ordonnerait toutes les règles de preuve, mais un modèle dont le champ, après avoir connu une large expansion se réduirait comme peau de chagrin, et l'apparition d'un modèle dans lequel, quelles que soient les variantes, l'efficacité justifierait le développement d'une procédure néo-inquisitoire (ou inquisitoire nouvelle version), les garanties d'une procédure régulière servant alors de simple contrepois. Car, que ce soit par sous-investissement ou par surinvestissement, la recherche des preuves est massivement le fait d'une autorité publique (police, ministère public), dont le seul statut et son indépendance changent. Si l'on peut constater une certaine privatisation de la recherche de la preuve, cette privatisation se fait de plus en plus souvent sous contrainte (obligation de déclaration, de dénonciation). Il est possible enfin de constater que le noyau dur des investigations se déplace en amont, au stade des enquêtes préliminaires, c'est-à-dire à une phase de la procédure où la contradiction n'est pas organisée et qu'il existe une tendance à prolonger cette phase pour proroger le temps du secret ; que les méthodes d'investigation se font parfois très attentatoires aux droits et libertés ; mais, en contrepois, le contrôle de la régularité de la procédure est le plus souvent confié à un juge.

Ces fractures ne sont pas sans poser questions. Limiter le jeu de la légitimité à des garanties purement procédurales, qui plus est en limitant ces mêmes garanties à un contrôle de régularité, serait, si cette tendance se confirmait, atteindre les droits de l'homme dans leur existence. Elles marquent, en tout cas, que l'expansion des droits de l'homme n'est pas forcément irréversible et que la vigilance est toujours de mise.